Ein Beitrag zur Lehre von Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme.

Inaugural-Dissertation

der

Juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Leo Heidenheimer
Rechtspraktikant

aus

Nürnberg.

ACAD. LAND BAT. BIBL.

Approbiert am 4. Februar 1911.

Würzburg.
Buchdruckerei Franz Staudenraus
1911.

211

Referent:
Herr Professor Dr. Binder.

Meinen lieben Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

Literaturverzeichnis 7

Einleitung. 11

§ 1. Die Akzessorietät bei Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme 13

§ 2. Die Art der Entstehung 21

§ 3. Form der Entstehung 26

§ 4. Die Folgen der Akzessorietät im Augenblick der Entstehung . 48

§ 5. Umfang der Haftung 54

§ 6. Einreden aus dem Vertrag zwischen Erstschuldner und Zweitschuldner 66

§ 7. Die Einreden aus der Person des Erstschuldners im allgemeinen 71

§ 8. Verjährung 75

§ 9. Das beneficium competentiae. 79

§ 10. Wandlung und Minderung. 85

§ 11. Anfechtung und Aufrechnung. 91

§ 12. Regress 97

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543502_0048

Literatur-Verzeichnis.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht; Leipzig 1899.

Birkenbihl, Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform; Das Recht 1903 S. 286.

v. Blume, Zur Lehre von der Schuldübernahme in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 39, S. 390 ff.

v. Blume, Zur Schuldübernahmefrage ebenda Bd. 40, S. 109 ff.

Brattig, Die kumulative Schuldübernahme und ihr Verhältnis zur Bürgschaft. Diss. Leipzig 1907.

Conrades, Aufrechnung und Bürgschaft, Das Recht 1903 S. 368.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, IV. Aufl. 1904.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1902.

David, Kann die kumulative Schuldübernahme als ein abstraktes Schuldversprechen oder ein Schenkungsversprechen angesehen werden, Das Recht 1903, S. 256.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, II. Aufl. 1900.

Eck, Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 35, S. 294.

Engelmann, Das bürgerliche Recht Deutschlands, IV. Aufl. 1906.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts,

Friedenthal, Wandlung und Minderung seitens des Bürgen in Jur. Wochenschr. 1908, S. 132.

Girtanner, Die Bürgschaft im gemeinen Zivilrecht, Jena 1851.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts 1870.

Hellbach, Die sogenannte kumulative Schuldübernahme, Das Recht 1903, S. 335.

Hellmann, Vorträge über das BGB. 1907.

Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte 1899.

Herms, Die Bürgschaft nach dem bürgerlichen Gesetzbuch des deutschen Reiches, Diss. Rostock 1900.

Herz, Beitrag zur Lehre von der Schuldübernahme, Diss. Göttingen 1901.

Horn, Schuldübernahme, eine Studie nach österreichischem und deutschem Zivilrecht, Wien 1902.

Josef, Bedarf die sogenannte kumulative Schuldübernahme der Schriftform, Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 122

Kipp, Zur Lehre der Schuldübernahme, Iherings Jahrbücher, Bd. 36, S 360.

Mantey, Zur Anwendung des § 770 Abs. 2 BGB., in Gruchots Beiträgen Bd. 50, S. 542 ff.

Martinius, Die Form der kumulativen Schuldübernahme in Gruchots Beiträgen Bd. 49, S. 181 ff.

Merckens, Das Recht des Bürgen auf Verwertung von Einwänden aus der Person des Hauptschuldners, Diss. Freiburg 1900.

Motive zum bürgerlichen Gesetzbuch.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB.

Nissen, Die Rechtsstellung des Kaufpreisbürgen bei mit Gewährsmängeln behafteter Kaufsache, Juristische Wochenschrift 1902, S. 460.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse III. Aufl. 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch III. Aufl.

Pringsheim, Das Recht des Bürgen zu Bestimmung und Wahl, Gruchots Beiträge Bd. 53, S. 13 ff.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.

Radicke, Das beneficium competentiae des Schenkers bei der Verbürgung und bei der Schuldübernahme, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 32, S. 398.

Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis, Berlin 1904.

Rauchenberger, Die Einwendung aus dem Rechte Dritter und gegen Dritte, München 1904.

Regelsberger, Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 BGB., Iherings Jahrbücher, Bd. 39, S. 463.

Rehbein, Das BGB. mit Erläuterungen 1903.

Reichel, Die Schuldmitübernahme, München 1909.

Salinger, Zur Frage der kumulativen Schuldübernahme, Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 28. S. 81 ff.

Schneider, Treu und Glauben im Sinne des BGB., Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 232 ff.

Schneider, Das Eintreten in die Schuld eines Andern, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1909, S. 2 ff.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.

Schulz, Das Leistungsverweigerungsrecht des Bürgen auf Grund der Aufrechnungslage des Gläubigers, Gruchots Beiträge Bd. 50, S. 269 ff.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis.

Sievers, Bürgschaft und Aufrechnung, Das Recht 1903, S. 249 ff.

Silbermann, Ist zur Gültigkeit der sogenannten kumulativen Schuldübernahme die Schriftform erforderlich, Seuffert's Blätter für Rechtsanwendung, Bd. 68, S. 266 ff. und Bd. 70 S. 157 ff.

Stammler, Die Einrede aus dem Recht eines Dritten; in der Festgabe für Dernburg, Halle 1900.

Staub, Kommentar zum HGB., VIII. Aufl. 1907.

Staub, Besprechung der Reichsgerichtsentscheidung in der Deutschen Juristenzeitung 1903, S. 19.

Staudinger, Kommentar zum BGB. III. und IV. Aufl. 1907/08.

Strohal, Schuldübernahme, in Iherings Jahrbücher Bd. 57, S. 231.

Suppes, Der Einredebegriff des BGB. in seiner praktischen Bedeutung, Leipzig 1902.

v. Thur, Die neue Literatur zum BGB. in der Deutschen Juristenzeitung 1900, S. 349.

Türk, Der Leistungsort des Bürgen nach dem BGB., Gruchots Beiträge Bd. 44, S. 837 ff.

Türk, Was ist unter dem jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit im § 767 BGB. zu verstehen, Gruchots Beiträge Bd. 46, S. 49 ff.

Westerkamp, Bürgschaft und Schuldbeitritt, Berlin 1908.

Wienstein, Das Erfüllungsversprechen in Gruchots Beiträgen Bd. 53, S. 555.

Wolff, Wie unterscheidet sich die kumulative Schuldübernahme von der Bürgschaft, Diss. Würzburg 1908.

Einleitung.

Der Zweck der vorliegenden Arbeit ist, vor allem darzutun, dass wir auf der Grundlage des bestehenden Rechts neben der Bürgschaft ein sich von dieser streng unterscheidendes Rechtsverhältnis der kumulativen Schuldübernahme anerkennen müssen, wobei wir allerdings nicht vergessen dürfen, dass gewisse Berührungspunkte bei beiden Instituten gegeben sind.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit die historische Entwicklung der beiden Rechtsgebilde einer kritischen Betrachtung zu unterziehen, es soll vielmehr der gegenwärtige Rechtszustand näher beleuchtet werden. Von einer erschöpfenden Darstellung des gesamten Bürgschaftsrechts einerseits wie von einer eingehenden Schilderung der kumulativen Schuldübernahme andererseits war hier vollständig abzusehen. Es galt vielmehr aus beiden Instituten das Wesentliche herauszunehmen und durch eine Gegenüberstellung die verschiedene Behandlung des Bürgen und des kumulativen Schuldübernehmers zu zeigen.

Indem wir diese Erwägungen zur Richtschnur unserer Betrachtung machen, sei Eingangs die Frage geprüft, ob die kumulative Schuldübernahme ebenso als akzessorisches Gebilde zu betrachten ist wie die Bürgschaft, sodann wird dargetan werden, auf welche Weise Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme ins Leben treten können. Weiterhin soll im Anschluss an die Behandlung der Formfrage das Wesen beider Institute deutlich unterschieden werden.

In dem spezielleren Teil der Arbeit seien zunächst die Folgen der Akzessorietät beim Entstehen des zweiten Schuld-

verhältnisses im besonderen näher untersucht, dann werden wir den Umfang der Haftung und die Einreden des Zweitschuldners gegen den Gläubiger aus seinem Vertrag mit dem Erstschuldner näher betrachten.

Nachdem ferner die Grundlage für den Übergang der Gegenrechte aus dem Rechte des Erstschuldners gegen den Gläubiger auf den Zweitschuldner einer Prüfung unterzogen ist, sollen einige besonders interessante derartige Gegenrechte eingehender behandelt werden.

Zum Schluss wird mit wenigen Worten noch der Regressverhältnisse gedacht werden.

Es sei hervorgehoben, dass die privative Schuldübernahme hier nicht Gegenstand der Bearbeitung ist, weshalb stets, wenn nur von „Übernehmer“ gesprochen wird, der kumulative Schuldübernehmer gemeint ist.

§ 1.

Die Akzessorietät bei Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme.

Um die Frage zu beantworten, ob die kumulative Schuldübernahme als ein akzessorisches Schuldverhältnis bezeichnet werden kann, ist es nötig, den Begriff der Akzessorietät festzulegen. Dies wird uns am leichtesten werden, wenn wir das typische Institut, das als ganz streng akzessorisch dargestellt zu werden pflegt, nämlich die Bürgschaft näher betrachten. Man versteht unter Bürgschaft den Vertrag, durch den sich jemand (der Bürge) gegenüber dem Gläubiger eines Dritten (Hauptschuldners) verpflichtet, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Die akzessorische Qualität einer derartig eingegangenen Verpflichtung stützt sich auf die §§ 765, 767, 768 BGB.

Fassen wir diese Bestimmungen ins Auge, so ergeben sich als Quintessenz für das Wesen der Akzessorietät bei der Bürgschaft folgende Grundsätze:

Die Bürgschaft setzt das Bestehen einer Hauptverbindlichkeit voraus, d. h. ohne die Existenz einer rechtlich giltigen Hauptschuld kann kein Bürgschaftsvertrag rechtsgiltig zustande kommen.[1]) Für die Erfüllung eines nichtigen Vertrages oder eines Vertrages, durch den eine Verbindlichkeit nicht begründet wird, kann eine gültige Bürgschaft nicht übernommen werden; im einzelnen wird hierüber später zu sprechen sein. Die Bürgschaft ist also in ihrem Entstehen abhängig von der Hauptschuld.

Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend; d. h. eine

[1]) Motive II, 659.

Bürgschaft in plus vel durius quam debet reus principalis[1]) ist keine reine Bürgschaft; hieraus ergibt sich die Abhängigkeit der Bürgschaftsschuld auch während ihres Bestehens (also Fortbestands) von der Hauptschuld.

Diese Folgerung ist des weiteren zu ziehen aus dem Rechte des Bürgen, die Einreden des Hauptschuldners geltend machen zu können. Der Bürge hat also auch während des ganzen Bestehens seiner Schuld die Rechte des Hauptschuldners in allen Teilen. „Die Bürgschaft erzeugt demnach eine von dem Bestehen der Schuld des Dritten durchaus, von vorneherein und dann fortgesetzt abhängige Verpflichtung des Bürgen."[2])

Die Abhängigkeit der Bürgschaft ist aber doch nicht so streng, dass sie nicht in mehreren Punkten durchbrochen wäre.

Eine Beschränkung findet sich in § 767 Abs. 1, Satz 3, der bestimmt, dass die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert werden kann durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt. Diese Erweiterung der Hauptschuld ist natürlich in vielerlei Weise möglich, z. B. durch Anerkennung der Schuld, Übernahme einer anderen Verbindlichkeit usw. Ein Fall ist gesetzlich geregelt in § 768, Abs. 2 BGB. Hiernach verliert der Bürge eine Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet. Diese Ausnahme führt uns zum Einredenübergang des § 768 BGB. überhaupt, dessen Prinzip die Motive folgendermassen erläutern: „Die Vorschrift, dass der Bürge die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit auf Grund von Einreden, welche dem Hauptschuldner gegen die verbürgte Forderung zustehen, verweigern kann, gründet sich in der akzessorischen Natur der Bürgschaft, und ist gerade mit Rücksicht auf diesen Grund aufgenommen."[3]) Diese Basis des vollkommenen Einredenübergangs wird aber m. E. schon im zweiten Satz des § 768 BGB. verlassen, wonach der Bürge sich, wenn der Hauptschuldner stirbt,

[1]) S. § 670 des I. Entwurfs.

[2]) S. Martinius in Gruchot Bd. 49, S. 185.

[3]) S. Motive S. 661, ff.

nicht darauf berufen kann, dass der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet. Diese Ausnahme hat ihren Grund darin, dass der Bürge gerade für den Fall der Insolvenz auf Seiten des Hauptschuldners — um eine solche handelt es sich bei der Unzulänglichkeit des Erbschaftsvermögens — dem Gläubiger Sicherheit geben soll. In dieser Bestimmung sieht Oertmann[1]) nur eine anscheinende Ausnahme mit der Begründung, dass in solchen Fällen die Verschmelzung von Nachlass und Erbenvermögen noch nicht durchgeführt oder wieder aufgehoben, Hauptschuldner weniger der Erbe als die im gewissen Sinne noch selbstständige Erbschaft ist; ähnlich spricht sich Westerkamp[2]) aus, der den inneren Grund für die scheinbare Ausnahme nicht im Bürgschaftsrecht, sondern in der Gestaltung der Erbenhaftung erblickt. Mag man nun diese Bestimmung auch als eine scheinbare Ausnahme ansehen, jedenfalls liegt darin m. E. eine gewisse Beschränkung einer ganz streng durchzuführenden Akzessorietät an die Hauptschuld, die eben bedingen würde, dass der Bürge sich auch auf den Umfang der nunmehr als Erbschaftsschuld auftretenden Hauptschuld — die sich eben ihrer Eigenschaft als Nachlassschuld, allerdings infolge Unzulänglichkeit verringert — berufen darf.

Eine ganz allgemein als Ausnahme anerkannte Bestimmung enthält § 193 K. O.; wonach die Rechte der Gläubiger gegen den Bürgen des Gemeinschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden; ja selbst ein Beschluss der Gläubigerversammlung, dass der dem Gemeinschuldner bewilligte Nachlass auch für die Bürgen wirksam sein sollte, ist für den Gläubiger unwirksam, auch wenn er den Zwangsvergleich nicht angefochten und die auf ihn fallende Zwangsvergleichsrate angenommen hat.[3]) Der Bürge kann sich also niemals auf einen mit dem Hauptschuldner geschlossenen Zwangsvergleich berufen. Dass auch diese Bestimmung ihre Grundlage in dem Schutz des Gläubigers

[1]) S. S. 943.
[2]) S. 87.
[3]) S. Jur. Wochenschrift, 97, S. 210—220.

gegen die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens hat, hindert nicht, sie als eine ganz erhebliche Beschränkung der unbedingten Abhängigkeit der Nebenschuld von der Hauptverbindlichkeit anzusehen.

Wie wir schon oben gesehen, baut sich der Begriff der Akzessorietät wie er bei der Bürgschaft durchgeführt ist, lediglich auf der Basis der Abhängigkeit der Nebenschuld zur Hauptschuld insoferne auf, als jene eben nicht ohne diese ins Leben treten kann. Über das fernere Schicksal gibt uns der Begriff der Akzessorietät keinen Aufschluss; denn wir können nicht aus dem Umstand, dass der jeweilige Umfang der Hauptschuld für den Bürgen massgebend ist, und aus dem grundsätzlichen Einredenübergang im Zusammenhalt mit den angegebenen Ausnahmebestimmungen eine vollkommene und reine Abhängigkeit als das Wesen der Akzessorietät ableiten. Schon Hasenbalg[1]) sagt: „Es muss bestritten werden, dass es insofern überall einen festen Begriff der Akzessorietät gibt, als nun sofort schon daraus, dass eine Verbindlichkeit akzessorischer Natur ist, sich mit Sicherheit der Grad ihres Schwächezustands erkennen liess; die Bezeichnung einer Verpflichtung als „akzessorischer" deutet nur an, dass sie in einem Anlehnungs- bezw. Abhängigkeitsverhältnis zu einer anderen Verpflichtung steht, welcher Art aber diese Abhängigkeit ist, in wie weit und wie lange sie jener Verpflichtung zum Anlehnen bedarf, ist in jedem einzelnen Fall nach besonderen Umständen zu entscheiden; für diese Entscheidung enthält der vage Begriff „Akzessorietät" auch nicht einmal Anhaltspunkte."

Man wird hier einwenden, dass dieser gemeinrechtliche Akzessorietätsbegriff auf das bürgerliche Gesetzbuch keine Anwendung mehr finden könne und mit den Protokollen[2]) sagen: Der Entwurf des BGB. geht davon aus, dass die Bürgschaft ein streng akzessorisches Rechtsgeschäft sei. Mag man nun diese strenge Akzessorietät, die, wie wir gesehen haben, mehrfach durchbrochen ist, bei der Bürg-

[1]) S. 634.
[2]) S. S. 664.

schaft als eine solche gelten lassen; nimmermehr kann man m. E. von einer „schlechthinigen Abhängigkeit“[1]) sprechen. Eine derartige schrankenlose Abhängigkeit zwischen einer Haupt- und Nebenschuld kennt unser Gesetz nicht; Akzessorietät ist nicht der Grenzfall, Höchstfall der Abhängigkeit[2]); dies ergibt sich weder aus den die Bürgschaft betreffenden Bestimmungen, die man als aus der akzessorischen Natur der Schuld hervorgegangen anzusehen pflegt, noch viel weniger aus dem Wort „accessio“, was ja eigentlich wörtlich nur etwas Hinzukommendes bezeichnet. Es ist also das Bestehen einer Hauptschuld essentiale für das Entstehenkönnen der zweiten Verbindlichkeit. Nachdem aber diesen Erfordernissen entsprochen, nachdem auf dieser Grundlage sich die Verpflichtung des Nebenschuldners entwickelt hat, kann sie auch die Gesetze ihres Bestehens, bezw. ihrer Wirksamkeit in sich selbst finden; sie kann eigenartig sein und dem steht die Eigenschaft Akzessorietät nicht entgegen. Ihre Wurzeln stehen zwar auf fremdem Boden, dennoch entbehrt sie nicht des eigenen Wuchses; dennoch kann sie sich kraftvoller entwickeln als die Hauptschuld. In dem Begriff der Akzessorietät ist nicht auch die Art der Abhängigkeit enthalten. „Es ist durchaus nicht ungereimt, das Entstehenkönnen an das Erfordernis des Daseins der Hauptschuld zu knüpfen, dennoch aber rücksichtlich des Bestehenkönnens von anderen milderen Voraussetzungen auszugehen“.[3])

Hier können wir anknüpfen, wenn wir die kumulative Schuldübernahme unter dem Begriff der Akzessorietät bringen wollen. Durch den kumulativen Schuldübernahme-Vertrag wird der Übernehmer dem Gläubiger einer schon bestehenden Obligation zur derselben Leistung wie der Urschuldner dieser Obligation verpflichtet und zwar in der Weise, dass er die Schuld als eigene übernimmt. Wir sehen also schon hier den wesentlichsten Unterschied von der Bürgschaft. Der Bürge steht für eine fremde Schuld

[1]) S. Reichel, S. 47.
[2]) Ebenda.
[3]) S. Hasenbalg, S. 634.

ein — in diesem Einstehen drückt sich schon der subsidiäre Charakter des Bürgschaftsvertrags aus — der kumulative Schuldübernehmer übernimmt die Schuld selbst.[1]) Die Subsidiarität ist also das hauptsächlichste Unterscheidungsmoment der beiden Institute; es tritt auch bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft zu Tage, denn wenn auch der Bürge auf die Einrede der Vorausklage verzichtet, geht doch sein Wille beim Eingehen des Bürgschaftsvertrags dahin, erst an zweiter Stelle in Anspruch genommen zu werden. Die Abhängigkeit von der Urschuld ist der beiden Rechtsverhältnissen gemeinsame Punkt; es handelt sich wie Schollmeyer[2]) sagt, bei der kumulativen Schuldübernahme um Fälle, in denen zu einer bestehenden Obligation eine von dieser abhängige Nebenobligation eines anderen hinzutritt, ohne dass der zuerst Verpflichtete ausscheidet. Hier sei auch auf das typische Beispiel der kumulativen Schuldübernahme in § 419 hingewiesen, der nach Schollmeyer's Ansicht ungenau sein soll. Es scheint mir durchaus nicht inkorrekt, wenn hier von dem „bisherigen" Schuldner gesprochen wird. Schollmeyer fasst das Wort „bisherig" nicht richtig auf. § 419 BGB. handelt von der vertragsmässigen Übernahme eines Vermögens. Übernimmt nämlich jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners vom Vertragsabschluss an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen. Wenn hier von dem bisherigen Schuldner gesprochen wird, so soll damit nicht gesagt sein, dass der alte Schuldner im Momente der Vermögensübernahme aufhört, zu haften, d. h. dass sein Schuldnerdasein zu Ende ist, sondern er ist nur im Verhältnis zum neuen Schuldner als

---

[1]) Auch die selbstschuldnerische Bürgschaft hat mit der kumulativen Schuldübernahme nichts zu tun; irrig v. Blume in Ihering's Jahrbuch, Bd. 39, S 426, der die selbstschuldnerische Bürgschaft nach § 773, Abs. 1 BGB. als bestärkende Schuldübernahme ansieht; diese sei nur eine Unterart der Bürgschaft, denn Verbürgung sei ihr praktischer Zweck.

[2]) S. S. 416.

„bisherig“ bezeichnet. Er haftet dem Gläubiger nach wie vor; das Wort „bisherig“ bezieht sich hier nur auf das Entstehen der Haftung aber nicht auf das Bestehen derselben; es liegt also eine vorher entstandene aber deshalb keineswegs eine im Moment des Eintritts des neuen Schuldners als erloschen zu betrachtende Haftung des Erstschuldners vor.

Wir sehen also, dass auch die kumulative Schuld bei ihrem Entstehen streng abhängig ist von der Urschuld; die Existenz der letzteren ist die notwendige Voraussetzung für die Lebenskraft der ersteren.

Vielfach wird in der Literatur der Ausdruck „kumulative Schuldübernahme“ auszumerzen gesucht. So spricht z. B. Schollmeyer[1]) vom Eintritt in die Schuld als Mitschuldner, neuestens Westerkamp vom Schuldbeitritt, Reichel von Schuldmitübernahme. Mit der Bezeichnung Westerkamps kann ich mich nicht einverstanden erklären, da man zu leicht geneigt ist, an den Beitritt einer „neuen“ Schuld zu denken; von einer neuen Schuld kann natürlich keine Rede sein, höchstens von einem neuen Schuldner. Aber auch Reichel's Überschrift trifft wohl kaum das Richtige; denn wenn eine Schuld mitübernommen wird, denkt man wohl unwillkürlich an ein gleichzeitiges Entstehen der Haupt- und der Übernahmeschuld, an ein Miteinander- (gleichzeitiges) Übernehmen[2]). Es ist aber natürlich keineswegs nötig, dass der Urschuldner und der Übernehmer sich uno actu verpflichten. Am sichersten scheint mir noch das Wesen der Sache Schollmeyer zu treffen; allein, warum an die Stelle des althergebrachten Ausdrucks der „kumulativen Schuldübernahme“ einen neuen vielleicht noch umständlicheren setzen? Mit Recht betont Oertmann[3]), „dass die Stellung des § 419 BGB. (des typischen Beispiels der kumulativen Schuldübernahme) schon ergebe, dass das BGB. die in Frage kommenden

[1]) S. 416.

[2]) Reichel (S. 38) unterscheidet selbst einmal zwischen „Zugleichmitübernahme“ und „Nachmitübernahme“.

[3]) S. 330.

Fälle mit unter dem Gesichtspunkt der Schuldübernahme einbezieht"; und ich glaube, es ist nicht angängig, zu behaupten, dass unser Gesetz ein solches Institut nicht kennt, weil in § 414 ff. im Wesentlichen die privative Schuldübernahme behandelt ist; das Gegenteil ergibt sich schon aus § 419 BGB. Ja selbst, wenn das bürgerliche Gesetzbuch nirgends von einer kumulativen Schuldübernahme spräche, wäre nicht einzusehen, warum ein derartiges Institut nicht möglich sein sollte. Unser Obligationenrecht beruht im Gegensatz zum Sachenrecht (das keine andere Vertragsart zulässt, als die gesetzlich normierten) auf dem Prinzip der Vertragsfreiheit.

Das zweite Buch des bürgerlichen Gesetzbuchs regelt in §§ 420 ff. die Gesamtschuldverhältnisse, unmittelbar vorher die privative Schuldübernahme; hier schiebt sich das Institut der kumulativen Schuldübernahme ein.

§ 2.
Die Art der Entstehung.

Wenn wir die Entstehung des akzessorischen Schuldverhältnisses ins Auge fassen, so ergibt sich von selbst eine Zweiteilung; die Nebenverpflichtung des neu eintretenden Schuldners kann eine freiwillige oder eine unfreiwillige sein. Ich denke bei der letzteren an die durch das Gesetz herbeigeführte akzessorische Obligation, die bei einer Reihe von Rechtsgeschäften sozusagen Bestandteil dieser Geschäfte ist. In diesem Fall tritt der neue Schuldner mit dem Abschluss des ihn allein interessierenden Hauptvertrags mit dem Urschuldner ohne sein Wissen und Willen vielleicht in ein Abhängigkeitsverhältnis zum Gläubiger seines Gegenkontrahenten, und zwar entweder unmittelbar mit dem Abschluss des Vertrags wie z. B. im Falle des § 419 BGB. durch den Vermögensübernahmevertrag selbst oder erst beim Eintreten oder vielmehr Aufhören eines gewissen Rechtszustands, z. B. in den Fällen der §§ 556, 604 BGB.

Die Entstehung der auf gesetzlicher Grundlage beruhenden akzessorischen Haftung soll hier nicht näher untersucht werden, wir wenden uns deshalb der Frage zu: wie entsteht die vertragsmässige Haftung eines Nebenschuldners neben dem Urschuldner, dem Gläubiger gegenüber?

Für den Hauptfall dieser Art, die Bürgschaft, geben uns die §§ 765 ff. BGB. Aufschluss: „Der Bürgschaftsvertrag ist eine Verpflichtung des Bürgen gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, für die Erfüllung der Verbindlichkeit des Dritten einzustehen.“ Die Bürgschaftserklärung muss schriftlich sein. Und zwar ist dies so zu verstehen, dass nicht der Vertrag als solcher, wohl aber die Verpflichtungserklärung des Bürgen der Beurkundung bedarf; die Annahme der Erklärung seitens des Bürgen kann formlos sein.[1])

[1]) s. Jur. Wochenschrift 1904, S. 196.

Nun geht allerdings das Gesetz von dem Standpunkt aus, dass die Bürgschaft nur der Vertrag ist, durch den sich jemand dem Gläubiger gegenüber verpflichtet. Es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass der Bürge sich des Schuldners oder eines Dritten bedienen kann, damit dieser die von ihm mit seinem Namenszug versehene Urkunde dem Gläubiger aushändige, sodass also erst durch diese nachträgliche Kenntnisnahme des Gläubigers von dem Verpflichtungswillen des Bürgen der Bürgschaftsvertrag giltig zu stande kommt.[1])

Während für die Rechtsgültigkeit der Bürgschaft als empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft die Annahme seitens des Gläubigers eine conditio sine qua non bildet, ist eine Annahme seitens des Hauptschuldners durchaus nicht nötig, ja, es ist nicht einmal erforderlich, dass er Kenntnis von dem Bürgschaftsvertrag hat; und es schadet auch nicht, wenn er der Bürgschaft widerspricht.[2]) Dies ist auch ganz naturgemäss; denn durch den Bürgen erwächst dem Hauptschuldner einerseits keine weitere Belastung als er sie vorher hatte, andererseits wird seine Verpflichtung um nichts geringer. Es ist hier natürlich nur von der juristischen Möglichkeit gesprochen, im tatsächlichen Leben wird die Kenntnis des Urschuldners ja selbst ein bestimmtes Verhältnis zwischen diesem und dem Bürgen die Regel bilden; denn der Fall, wo der Bürge lediglich um dem Gläubiger zu Gefallen zu sein, sich für einen Dritten ihm womöglich nicht einmal näher Bekannten verbürgt, wird wohl selten eintreten.

Die privative Schuldübernahme kann nach § 414 BGB. durch einen Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem neuen Schuldner zustandekommen. Der neue Schuldner kann sich aber auch durch einen mit dem Gläubiger abgeschlossenen Vertrag in der Weise verpflichten, dass er anstatt an die Stelle des bisherigen Schuldners zu treten, die vom Urschuldner geschuldete Leistung neben diesem

---

[1]) s. Reichsgerichtentscheidung, Bd. 57, S. 67.
[2]) s. Cosack, I. S. 582.

als eigene Schuld mit übernimmt, und so als kumulativer Schuldübernehmer dem Urschuldner beitritt.

Die privative Schuldübernahme kann ferner gemäss § 415 BGB. auch durch eine Vereinbarung zwischen Übernehmer und Urschuldner begründet werden, die Wirksamkeit einer derartig eingegangenen Verpflichtung hängt jedoch von der Genehmigung durch den Gläubiger ab.

Kann nun auch eine kumulative Schuldübernahme in dieser Weise abgeschlossen werden, d. h. richtiger, ist für die Wirksamkeit der kumulativen Schuldübernahme auch die Zustimmung des Gläubigers erforderlich? In der Literatur gehen die Ansichten über diese Frage sehr auseinander. Hellwig[1]) zieht die privative Schuldübernahme als Analogon an und kommt zu dem Schlusse: „Wie die privative, so kann auch die akzessorische Sukzession in ein bestehendes Schuldverhältnis (d. i. kumulative Schuldübernahme) nur durch Vertrag zwischen dem Gläubiger und dem Übernehmer herbeigeführt werden". Und weiterhin: „Der Vertrag des Urschuldners mit dem Übernehmer wodurch dieser die Schuld übernimmt, ist nicht die Schuldübernahme, auch nicht ein Dispositionsakt, über die fremde Forderung, welcher nur der Genehmigung des Gläubigers bedürfte; vielmehr hat er als solcher nur eine Bedeutung zwischen den Kontrahenten, die Sukzession setzt voraus, dass von dem Übernehmer (oder in seinem Namen und mit seiner Ermächtigung von dem Urschuldner) der Antrag zu diesem Vertrag dem Gläubiger gemacht und von diesem angenommen wird". Diese Auffassung Hellwigs ist aber nicht haltbar, und schon für das gemeine Recht hat das Reichsgericht[2]) den Satz aufgestellt: Das unmittelbare Klagerecht des Gläubigers — im Falle kumulativer Schuldübernahme — gegen den Schuldübernehmer kann sich auch daraus ergeben, dass der Vertragswille der Kontrahenten (des Schuldners und des Übernehmers) darauf gerichtet ist, der Schuldübernehmer wolle und solle unmittelbar (d. h. unabhängig von weiteren Voraussetzungen

[1]) s. Verträge. S. 178.
[2]) Bd. 33, S. 184, ff.

als dem Bestehenbleiben dieses Vertrags) Schuldner des Gläubigers werden; mit anderen Worten, dass die Kontrahenten insoweit einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten (des Gläubigers) abgeschlossen haben. Diese Anschauung wird auch von Eck[1]), der sich, wie wir später sehen werden, der erwähnten Entscheidung nicht in allen Punkten anschliesst, und Kipp[2]) geteilt. Besonders deutlich spricht sich letzterer folgendermassen aus: „Es kann aber im Fall der kumulativen Schuldübernahme der Wille der Kontrahenten auch darauf gerichtet sein, der Schuldübernehmer wolle und solle unmittelbarer Schuldner des Gläubigers werden, d. h. die Kontrahenten können insoweit einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten abschliessen; diese Vertragsabsicht muss aber im Einzelfalle tatsächlich festgestellt werden, kann freilich aus der gesamten Sachlage sich ergeben".

Nehmen wir die Möglichkeit der Begründung der kumulativen Schuldübernahme durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter an, so ist natürlich eine Genehmigung durch den Gläubiger nicht nötig, um diesem ein direktes Klagerecht gegen den Uebernehmer zu geben. Dass die Parteien ausdrücklich die Berechtigung des Gläubigers von einer diesbezüglichen Mitteilung an ihn bezw. einer Zustimmung zu den zwischen Urschuldner und Übernehmer geschlossenen Vertrag abhängig machen können, ist wohl anzunehmen.[3]) Auch Rehbein[4]) nimmt einen Vertrag im Sinn des § 328 Abs. 1 BGB. an, „da füglich nichts anderes gewollt sein kann, als dass der Gläubiger unmittelbar berechtigt sein soll, aus einem Vertrage, der nur ihm dient". Wenn dies auch im allgemeinen zutrifft, so dürfte es doch nicht ganz richtig sein, wenn hier (bei der kumulativen Schuldübernahme) Rehbein annimmt, dass der Vertrag nur dem Gläubiger dient. M. E. ist es doch auch unter Umständen für den Urschuldner wenn auch seine

[1]) s. Iherings Jahrb. Bd. 35, S. 294 ff.
[2]) Ebenda, Bd. 36, S. 336 ff.
[3]) s. Oertmann. S. 334.
[4]) s. S. 416.

Haftung nicht geringer wird, von Nutzen, wenn ein anderer seine Schuld mitübernimmt; man denke nur daran, dass der vielleicht finanziell schlecht gestellte Schuldner durch einen zahlungskräftigen Übernehmer in seinem Kredit gestärkt wird.

Es ist demnach eine Zustimmung des Gläubigers zu einer zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarten kumulativen Schuldübernahme, wie nach § 415 BGB. für die privative Schuldübernahme nicht nötig, und wir kommen zur Ablehnung von Hellwigs Ansicht, der jede Berechtigung des Gläubigers ohne vorheriges Angebot seitens des Übernehmers und ohne Annahme seitens des Gläubigers leugnet. Die irrige Ansicht wird auch von Crome[1]) geteilt, der ebenfalls die Wirksamkeit der bestärkenden Schuldübernahme von der Genehmigung des Gläubigers abhängig macht. Anderer Ansicht ist auch Cosack,[2]) der für die kumulative Schuldübertragung die Genehmigung des Vertrags durch den Gläubiger nicht für erforderlich hält; „denn da der alte Schuldner haftbar bleibt, ist diese Art der Schuldübertragung eine reine Begünstigung des Gläubigers, es sind also die Regeln von den Verträgen zugunsten Dritter anzuwenden". Dieser Ansicht ist vollkommen beizustimmen, es ist in der Tat kein Grund einzusehen, warum der Gläubiger eine Genehmigung dazu erteilen sollte, wenn er zu dem ersten einen neuen Schuldner bekommt; ist es ihm ja sogar versagt, die Erfüllung durch einen Dritten abzulehnen, denn nach § 267 BGB. kann auch ein Dritter die Leistung an den Gläubiger bewirken und dieser ist nur dann berechtigt, die Leistung zurückzuweisen, wenn dieselbe vom Urschuldner in persona zu leisten ist oder wenn der Urschuldner widerspricht.

---

[1]) s. Bd. 2, S. 351.
[2]) s. Bd. 1, S. 399.

§ 3.

Form der Entstehung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht wie das römische Recht eine Einschränkung hinsichtlich der Personen, welche fähig sind, eine Bürgschaft einzugehen. Eine ähnliche Einrichtung wie das senatusconsultum Vellejanum, wonach die Frauen, welche interzediert haben, sich ihrer Verpflichtung entziehen können, gibt es im bürgerlichen Rechte nicht. Aber man hat trotzdem die Gefahr nicht verkannt, welche für das Volk durch eine allzugrosse Erleichterung bei der Eingehung einer Bürgschaft entstehen können. Um den übereilten und leichtsinnig eingegangenen Verpflichtungen „für die Schuld eines anderen einstehen zu wollen" vorzubeugen, hat das BGB. in § 766 bestimmt: „Zur Giltigkeit des Bürgschaftsvertrags ist schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung erforderlich". Es muss also gemäss § 126 BGB. die Bürgschaftserklärung in einer schriftlichen Urkunde abgegeben und vom Bürgen eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden, während die Annahmeerklärung des Gläubigers formlos abgegeben werden kann. Die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt nach Absatz 3 des § 126 BGB. auch für die Bürgschaftserklärung die Schriftform. Die Unterlassung dieser Formvorschrift hat nach § 125 Satz 1 BGB. Nichtigkeit der Bürgschaft zur Folge. § 766 Satz 2 BGB. besagt jedoch: „So weit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt." Unter Hauptverbindlichkeit ist natürlich die Bürgschaftsverbindlichkeit zu verstehen,[1]) denn nur diese kann der Bürge erfüllen, wobei wir bei „erfüllen" an jede Art der Schuldtilgung z. B. Leistung an Erfüllungsstatt, Aufrechnung usw. zu denken haben.

[1]) s. RGE. Bd. 53, S. 405.

Es erhebt sich nun die Frage: bedarf die kumulative Schuldübernahme ebenfalls der Schriftform, analog der Bürgschaft; ist § 766 BGB. auch auf sie anwendbar? Über diese Frage hat sich ein überaus lebhafter Streit entsponnen, der seine Basis auf jener berühmten, man möchte fast sagen, berüchtigten Reichsgerichtsentscheidung[1]) vom 20. März 1902 hat. Diese Entscheidung geht von der Erwägung aus, dass die kumulative Schuldübernahme die grösste Ähnlichkeit mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft habe, sodass dieselben strengen Formerfordernisse für beide Institute massgebend sein müssten und dass, wenn dies nicht der Fall wäre, es ungemein leicht fiele, den § 766 BGB. zu umgehen. Dass eine derartige Entscheidung nicht das Richtige trifft, soll nun gezeigt werden.

Zunächst ist selbst bei einer gewissen Ähnlichkeit zwischen selbstschuldnerischer Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme, die im Wesentlichen in dem Beitreten eines neuen Schuldners in ein bestehendes Schuldverhältnis zu suchen ist, die Kluft zwischen beiden Rechtsverhältnissen doch so tief, dass eine Überbrückung durch eine Formvorschrift nicht gut möglich ist. Der springende Punkt ist ja, wie bereits früher betont, darin zu suchen, dass der Bürge, auch der selbstschuldnerische für eine fremde Schuld haftet, ohne je daran zu denken, Eigenschuldner (Prinzipalschuldner) zu sein, während der kumulative Schuldübernehmer die Schuld als eigene übernimmt, also primär haftet. Dass bei einem so auffälligen Unterschied die legislativen Erwägungen, die zur Vorschrift des § 766 BGB. geführt haben, auch für die sogen. kumulative Schuldübernahme zutreffen sollten, erweist sich schon aus den Motiven[2]) als unrichtig, denn diese Erwägungen gingen, wie bereits oben angedeutet, von dem Grundsatz aus, dass einer leichtsinnigen Übernahme von Bürgschaften vorgebeugt werden sollte, dass dem rechtsunkundigen Manne durch das Erfordernis der Schriftform eingeprägt werden sollte,

[1]) s. RGE, Bd. 51, S. 120.
[2]) s. II, S. 660.

dass er eine oft weittragende Verpflichtung übernehme. Vielfach denkt der Bürge gar nicht daran, dass er jemals in die Lage kommen kann, selbst zahlen zu müssen, sich in leichtfertiger Weise der oft trügerischen Hoffnung hingebend, der Schuldner werde wohl zahlen können, sein Bürgschaftswort sei nur eine Unterstützung der Kreditfähigkeit des anderen.

Ganz anders ist es beim kumulativen Schuldübernehmer; trotzdem seine Verpflichtung bei ihrem Entstehen abhängig von der Hauptschuld ist, kann er sich doch keinen Augenblick darüber im Unklaren sein, dass er eine wenn auch fremde Schuld, nunmehr als eigene übernimmt. Er selbst will Schuldner sein, seine nunmehr eigene Verbindlichkeit begleichen; er bedarf nicht des Rechtsschutzes, den der § 766 BGB. dem Bürgen, der nur subsidiär haftet, auch wenn er die Einrede der Vorausklage nicht hat, gewährt. Denn wer seine eigene Schuld zu zahlen sich verpflichtet, ist sich hinlänglich der Tragweite einer solchen Verbindlichkeit bewusst und von einer Umgehung des Gesetzes kann bei der Verschiedenheit beider Institute überhaupt nicht die Rede sein. Was soll ja auch in unserer Zeit, wo jedermann des Schreibens kundig, die Veranlassung geben, die Schriftform zu meiden, wenn wirklich Bürgschaft gewollt wäre?

Aber auch ein zweiter wohl viel bedenklicherer Umstand spricht gegen die Anerkennung der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung. Die Aufgabe des Richters ist das Gesetz auszulegen und es den Bedürfnissen des Lebens anzupassen, nimmermehr aber kann es Sache des Richters, auch nicht der obersten Instanz sein, neues Recht zu schaffen, dies aber wäre der Fall, sollte plötzlich eine für ein bestimmtes Rechtsverhältnis gegebene Vorschrift für ein anderes angewendet werden, aus dem einfachen Grunde, weil beide Institute ähnlich sind. Gewiss ist es oft nötig, mit Hilfe von Analogieschlüssen auch in der Rechtsfindung das Ziel zu erreichen, aber eine Formvorschrift wie sie § 766 BGB. darstellt, kann nie auf dem Wege der Analogie für ein anderes Rechtsverhältnis als

die Bürgschaft herangezogen werden; selbst wenn die Ähnlichkeit bei beiden Rechtsgeschäften noch so gross und eine Umgehung des Gesetzes denkbar wäre. Sache des Gesetzgebers wäre es, sagt Staub,[1]) Vorschriften zu geben, durch welche die Vereitelung seiner Absichten nicht möglich ist. Formvorschriften sind so singuläre Bestimmungen, dass ihre analoge Anwendung auf „ähnliche Rechtsverhältnisse" m. E. schlechterdings ausgeschlossen ist und ich kann Reichel[2]) in dieser Beziehung nicht ganz zustimmen, wenn er einer analogen Anwendung derartiger Bestimmungen im allgemeinen das Wort redet mit dem Hinweis, dass die Formvorschriften für gewisse Rechtsgeschäfte z. B. §§ 518, 766, 313 BGB. auch für die zu diesen Geschäften abgeschlossenen Vorverträge massgebend sind. Es scheint mir, in unserem Fall handelt es sich doch nicht um ein und dasselbe Rechtsgeschäft, — der Vorvertrag ist ja, wie schon das Wort besagt, ein zu dem Hauptvertrag gehöriger Teil, — das nur oft der schnelleren und endgiltigen Erledigung halber in seinen Einzelheiten vorher bereits festgelegt wird. Bei Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme stehen jedoch zwei verschiedene Rechtsgeschäfte in Frage, die nicht das Mindeste mit einander zu tun haben.

Eine der treffendsten Widerlegungen der zitierten Entscheidung des Reichsgerichts dürfte wohl das Urteil des Oberlandesgerichts Köln vom 19. Febr. 1904 sein[3]); es sei gestattet, die einschlägigen Stellen hier anzuführen: „Nach dem Grundsatz der Formfreiheit für die Rechtsgeschäfte kann die kumulative Schuldübernahme formlos rechtsverbindlich vereinbart werden. Es wäre deshalb auch unrichtig, für sie aus dem Grunde Schriftlichkeit zu verlangen, weil sie in ihrer Wirkung mit der selbstschuldnerischen Bürgschaft, für die schriftliche Form vorgeschrieben ist, im wesentlichen übereinstimmt. Denn sie ist nicht allein dem juristischen Begriffe nach, sondern

[1]) Deutsche Juristen-Zeitung, 1903, S. 19.
[2]) S. 207.
[3]) Recht, 1904, S. 222.

auch vom Gesichtspunkt des Rechtsverkehrs aus ein von der Bürgschaft wesentlich verschiedenes Rechtsinstitut. Der Bürge — auch der selbstschuldnerische — kommt als Schuldner nach seiner Auffassung erst in zweiter Linie in Betracht, ein Umstand, der den Gesetzgeber veranlasste, für die Bürgschaft die Schriftform zu verlangen. Der Schuldübernehmer dagegen weiss, dass er sich der Zahlungsverpflichtung unmittelbar gegenüber stellt. Eine Mahnung zur Vorsicht ist daher nicht mehr als bei einem gewöhnlichen Vertrage am Platz. Bei der Schuldübernahme wird regelmässig der Fall so liegen, dass der bisherige Schuldner im Augenblick der Schuldübernahme für den Gläubiger und den Übernehmer wirtschaftlich und zunächst auch rechtlich nicht in Betracht kommt und dass die Feststellung, dass der frühere Schuldner noch haftet, — dass also die Schuldübernahme eine kumulative ist — regelmässig erst Sache der juristischen Schlussfolgerung aus dem Umstande sein wird, dass er aus dem Schuldverhältnis nicht entlassen ist. Hiernach kann aus der Ähnlichkeit der kumulativen Schuldübernahme mit der Bürgschaft, die auch nur unter Umständen besteht, ein Grund nicht hergeleitet werden, die kumulative Schuldübernahme der Formvorschrift der von ihr wohl zu unterscheidenden Bürgschaft zu unterwerfen. Es trifft hiernach auch nicht zu, dass von dem hier eingenommenen Standpunkt aus die Umgehung der Vorschrift des § 766 BGB. die leichteste Sache von der Welt wäre. Denn bei der rechtlichen Gleichwertigkeit beider Rechtsinstitute steht den Parteien zwischen beiden die Wahl frei und bei Anwendung des einen seitens der Parteien kann nicht von der Umgehung des anderen durch sie gesprochen werden. Wenn übrigens das Reichsgericht, das die privative Schuldübernahme im Gegensatz zur kumulativen als der Schriftform nicht unterworfen erklärt, einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Arten der Schuldübernahme darin erblicken will, dass es sich bei der privativen Schuldübernahme um Leistung gegen Gegenleistung handle, in den durch die Schuldübernahme der bisherige Schuldner seiner Haftung entledigt werde, so

kann dies nicht für zutreffend erachtet werden; denn in der Entledigung des bisherigen Schuldners von seiner Haftung braucht keineswegs immer eine Gegenleistung des Gläubigers an den Schuldübernehmer zu liegen. Überall wo ein eigenes Interesse des Schuldübernehmers an den bisherigen Schuldner fehlt, — und dies wird bei einer Menge von Fällen der privativen Schuldübernahme sein, wird nur gezwungen und rein äusserlich von einer „Gegenleistung" des Gläubigers an den Schuldübernehmer in der Freigabe des bisherigen Schuldners gesprochen werden können. Keinesfalls bietet dieser Gesichtspunkt Veranlassung, die kumulative Schuldübernahme im Gegensatz zur privativen der Formvorschrift der Schriftlichkeit zu unterwerfen."

Dieser Entscheidung ist vollkommen beizutreten und was besonders die Verweisung auf die privative Schuldübernahme anlangt, so sei bemerkt, dass auch Dernburg[1]) das Bestehen eines Formerfordernisses für die kumulative Schuldübernahme verneint, weil bei der befreienden Schuldübernahme unstreitig ein solches Erfordernis nicht besteht und doch der „Schuldbeitritt" dem Beigetretenen insoferne eine geringere Belastung aufbürdet, als der Gläubiger sich vielleicht an den ursprünglichen Schuldner hält.

Wie oben bereits angedeutet, hat sich auch die Literatur mit überwiegender Mehrheit für die Formfreiheit der kumulativen Schuldübernahme ausgesprochen. Von den Anhängern der reichsgerichtlichen Entscheidung sei hier besonders Schneider[2]) genannt; er geht von der richtigen Ansicht aus, dass die Sondervorschrift schriftlicher Bürgschaftserrichtung im § 766 BGB., die ursprünglich gar nicht beabsichtigt war, auch in 350 HGB. durchbrochen ist, auf andere Arten der Drittsicherung (wie er das Eintreten neben die Schuld eines anderen nennt) nicht durchaus angewendet werden kann, und betont ebenso treffend, dass die Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz der Formfreiheit nicht ohne weiteres ausgedehnt werden darf,

[1]) II, S. 403, § 155 Anm. 4.

[2]) s. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1909, S. 6. ff.

fordert aber trotzdem im allgemeinen Schriftlichkeit, weil „in der Regel“ nicht anderes als die Eingehung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft gewollt sein wird. Auch Planck[1]) sagt: „Ob im einzelnen Fall Übernahme einer Bürgschaft mit oder ohne Verzicht auf die Einrede der Vorausklage oder einfacher Eintritt als Gesamtschuldner beabsichtigt wird, ist Auslegungsfrage. Auch im letzteren Fall dürfte wegen Gleichheit der Rechtslage die für die Übernahme einer Bürgschaft vorgeschriebene Form des 766 BGB. erforderlich sein.“ Die Schriftlichkeit wird ferner gefordert von Birkenbihl[2]) und von Hellbach[3]) jedoch mit der Begründung, dass die kumulative Schuldübernahme ein Schuldversprechen sei, das die Verpflichtung selbstständig begründe; als solches bedürfe sie der Schriftlichkeit nach § 780 BGB.

Dieser Auffassung sind Silbermann[4]), David[5]), und Joseph[6]) entgegengetreten. Silbermann geht zuerst darauf ein, dass die Formvorschrift des § 766 keine Anwendung finden könne, und stützt sich hierbei auch auf die Verhandlungen in der Reichstagskommission, die gerade für die Bürgschaft eine Form verlangt habe; der Bürge eben gebe sich stets dem Gedanken hin, überhaupt nicht herangezogen zu werden. Um aber etwa eintretenden Enttäuschungen in dieser Hinsicht entgegenzutreten, habe man die Formvorschrift eingeführt, um dem Bürgen doch die Möglichkeit, ja Wahrscheinlichkeit seiner Inanspruchnahme deutlicher vor Augen zu führen. Wer dagegen nicht als Bürge sondern als Selbstschuldner eintrete, dem sei die Tragweite seines Schrittes von selbst vor Augen gestellt und es bedürfe keiner Anspornung zu grösserer Vorsicht durch Formzwang mehr.

Die Anschauung Hellbachs, das die kumulative Schuldübernahme ein Schuldversprechen sei, besonders

[1]) s. Bd. 2, S.293.
[2]) S. Recht 1903, S. 286.
[3]) Ebenda, S. 335.
[4]) Seuffert's Bl. f. Rechtsanw. Bd. 68, S. 365 u. Bd. 70, S. 157.
[5]) S. Recht, 1903, S. 356.
[6]) Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 422.

bekämpfend, führt Silbermann sehr richtig an, dass, wenn überhaupt diese Erwägung zu erörtern wäre, wohl auch das Reichsgericht davon gesprochen hätte. Ähnlich äussert sich Reichel,[1]) der sagt: „Der höchste Gerichtshof hat in allen mir bekannt gewordenen Entscheidungen die Einordnung der Mitübernahme in die Kategorie der abstrakten Schuldversprechen mindestens implicite abgelehnt. Niemals hat er auf sie die Formvorschrift des § 780 angewendet, ja er hat diese Frage nicht einmal der Erwägung wert gefunden. Man kann nicht sagen, dass er dies getan habe, weil er die Frage dahinstellte; denn ehe er, wie er jetzt tut, die Mitübernahme für formfrei erklärt, war er genötigt, auch die Frage, ob 780 anwendbar sei, sich vorzulegen und mit „nein" zu beantworten". Nun kann allerdings bei aller Wertschätzung der Rechtsprechung des höchsten Gerichtshofes nicht dessen Schweigen allein über eine bestimmte Frage unsere Anschauung beeinflussen; aber in diesem Punkt wäre, wie Reichel richtig sagt, die zwingende Notwendigkeit für das Reichsgericht gegeben gewesen, sich über die Frage zu äussern, wenn ihre Bejahung auch nur in den Bereich der Möglichkeit fiele. Dass dies nicht der Fall, hat ferner David dargetan, der sich dahin äussert, dass ebenso wie für die privative Schuldübernahme so auch von der kumulativen Schuldübernahme das Gleiche gelten muss, da bei dieser wie bei jener die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses, das unabhängig von seinem Verpflichtungsgrund sein soll, regelmässig nicht gewollt ist, vielmehr eine bestehende Schuld und zwar so, wie sie dem alten Schuldner gegenüber besteht, insbesondere mit dem ihr anhaftenden Schuldgrund übernommen wird. Eine solche Schuldübernahme ist aber kein abstraktes Schuldversprechen und aus § 780 BGB. lässt sich demnach regelmässig das Erfordernis der Schriftlichkeit nicht herleiten.

Ähnlich argumentiert Joseph, der ein Schuldversprechen nach § 780 nur dann für gegeben erachtet, wenn aus der Erklärung gerade der Wille eine selbständige, vom

[1]) S. 181.

Verpflichtungsgrund losgelöste Verpflichtung zu begründen, erkennbar ist.

Mit besonders ausführlicher Begründung wendet sich noch Martinius[1]) gegen die Schriftform der kumulativen Schuldübernahme:

„Er verneint die Anwendung des § 766 BGB., denn bei dem klaren Wortlaut dieses §, eigne er sich nicht zur Anwendung auf Interzessionsgeschäfte anderer Art. Auch biete die Entstehungsgeschichte des § 766 BGB. nicht den geringsten Anhaltspunkt für eine derartige Ausdehnung dieser Bestimmung; nützlich wäre es wohl gewesen, wenn man für die kumulative Schuldübernahme ebenso, wie für die selbstschuldnerische Bürgschaft die Schriftlichkeit verlangt hätte. Im Einzelfall sei oft schwer zu ermitteln, welche von beiden Verpflichtungsarten die Parteien gewollt hätten. So deutlich der Unterschied in den Wirkungen der beiden Arten von Verträgen zu Tage tritt, so lasse sich doch der Verkehr nicht zwingen, durch klare Wortfassung bei Abschluss der Verträge die Schwierigkeiten der späteren Kategorisierung von vornherein zu bannen. In einer ganzen Anzahl von Fällen, wo jetzt nur die Prüfung der Frage, ob die gehörige Form beobachtet sei, die Feststellung der Natur des Vertrags erfordere, wäre man dann von vornherein dieser Mühe überhoben worden. Jetzt haben wir indessen nun einmal nur die Formvorschrift für die Bürgschaft im allgemeinen und für die selbstschuldnerische im speziellen und Opportunitätsrücksichten können gegenüber der lex lata keine Beachtung finden. Der Einwand der Umgehung des § 766 BGB. durch die Vereinbarung einer kumulativen Schuldübernahme würde hinfällig infolge des Unterschiedes der grundsätzlich zwischen kumulativer Schuldübernahme und selbstschuldnerischer Bürgschaft bestehe. Selbst wenn die Beteiligten in der ausgesprochenen Absicht der Formvorschrift des § 766 BGB. aus dem Wege zu gehen, statt der ursprünglich geplanten selbstschuldnerischen Bürgschaft eine kumulative Schuldübernahme vereinbaren, so unterliege natürlich das

[1]) s. Gruchot Bd. 49, S. 181 ff.

tatsächlich zustande gekommene Geschäft, welches absolut kein Scheingeschäft sei, lediglich den für dieses bestehenden Vorschriften. Es ist also formlos gültig, wenn für dasselbe keine besondere Form vorgeschrieben ist."

Martinius verneint ferner die Anwendbarkeit der Bestimmung in § 518 Abs. 1 B. G. B., wonach zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich ist, selbst dann, wenn die Forderung dem Urschuldner gegenüber uneinbringlich ist; denn dem Gläubiger werde ja durch die Leistung des ihm geschuldeten niemals etwas geschenkt. Der Verlust der Forderung auf Seiten des Gläubigers entspreche der Vermögenseinbusse auf Seiten des Leistenden. Der Gläubiger wäre also nicht unentgeltlich bereichert, sein Vermögen nicht unentgeltlich aus dem des Leistenden vermehrt. Nicht einmal dann erteilte der Schuldübernehmer durch die kumulative Schuldübernahme ein Schenkungsversprechen, wenn die Schuld, welche kumulativ übernommen wird, selbst auf einem Schenkungsversprechen des Urschuldners beruht;[1]) denn durch den Schenkungsvertrag zwischen Urschuldner und Gläubiger wurde letzterem eine Forderung bereits unentgeltlich gewährt, sodass es sich nunmehr auch im Verhältnisse zwischen jenen beiden lediglich um Erfüllung einer bestimmten Schuld handeln kann. Die derzeitige Unbeibringlichkeit einer Schuld hebe doch deren Existenz nicht auf. Derjenige, der für einen zahlungsunfähigen Schuldner interzediere, beschenke daher den Gläubiger nicht mit einer Forderung gegen seine Person.

Martinius leugnet auch die Anwendbarkeit des § 780 BGB., durch den für das abstrakte Schuldversprechen, das von seinem Verpflichtungsgrund dem kausalen Rechtsgeschäft losgelöst sei, die Schriftform vorgeschrieben ist und begründet diese Ansicht im wesentlichen damit, dass

[1]) Ebenso Reichel S. 197. „Es ist nicht zutreffend, sich dahin auszudrücken, der Mitübernehmer einer Schenkungsschuld gebe ein Schenkungsversprechen ab . . . Unrichtig wäre die Behauptung auch die Vorschriften über Begründung der Schenkungsschuld treffen auf den Mitübernehmer zu."

die kumulative Schuldübernahme eben kein abstrakter Vertrag sei. Auch Reichel[1]) sagt: „Ein Geschäft, das sich seinem Inhalt nach als Interzessionsgeschäft zu erkennen gibt, ist um deswillen und insoweit ein konkret bestimmtes. Es kann folglich den abstrakten Schuldgeschäften nicht beigezählt werden".

Silbermann[2]) nennt den Rechtsgrund — das Bestehen einer fremden Verbindlichkeit — als materiellen Vertragsbestandteil.

Wenn Westerkamp[3]) auch die kumulative Schuldübernahme als abstrakten Vertrag auffasst, so kommt doch auch er zum Ergebnis, dass auf sie nicht § 780 B. G. B. anwendbar ist: „Mit der völligen Loslösung der Verpflichtung von ihrer causa, mit dem Erfordernis, dass das Versprechen die Verpflichtung „selbständig" begründen muss, kann doch im § 780 B. G. B. wohl nur die Loslösung von der causa der individuellen Vermögensgestaltung gemeint sein, nicht aber die Loslösung von einer dem Begründungsvertrag gar nicht angehörenden und nicht einmal unter den Vertragsparteien selbst bestehenden causa. Ein weiterer Grund gegen die Unterordnung des Schuldbeitritts unter § 780 B. G. B. ist, dass durch den Schuldbeitritt überhaupt keine Verpflichtung begründet wird, er ist wie der dingliche Vertrag überhaupt, nicht geeignet Schuldgrund zu sein." So kommt auch Westerkamp mit dieser allerdings etwas künstlichen Begründung zur Verneinung der Anwendbarkeit des § 780 B. G. B.

Oertmann[4]) betont, dass die Einbeziehung der bestärkenden Schuldübernahme unter dem Begriff des abstrakten Schuldversprechens nach § 780 B. G. B. auf einer Verwechslung zwischen abstrakten Geschäft und im sub-

---

[1]) S. 179.

[2]) Bl. f. Rechtsanwendung 1903, S. 369.

[3]) S. 219 ff., wo Westerkamp seine Ansicht ausführlich begründet. Auf den Streit, ob der Übernahmevertrag ein abstraktes oder kausales Rechtsgeschäft sei, soll hier nicht eingegangen werden. Für die Beantwortung der oben behandelten Frage ist dies nicht nötig.

[4]) Schuldverhältnisse S. 332.

jektiven Sinn abstrakt abgegebenen Versprechen beruht.

Meines Erachtens ist in vollem Umfang der oben wiedergegebenen Begründung gegen die Anwendbarkeit der Schriftform durch Martinius beizustimmen. Bezüglich der analogen Anwendung des § 766 B. G. B. sei auf das bereits in der Beurteilung der zitierten Reichsgerichtsentscheidung Gesagte hingewiesen.

Die Anwendbarkeit des § 518 BGB. auf die kumulative Schuldübernahme liegt m. E. überhaupt nicht im Bereich der Möglichkeit, denn von einem Vertrag, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, kann bei der Schuldübernahme nicht gesprochen werden. Der kumulative Schuldübernehmer denkt doch nie daran, ein Schenkungsversprechen abzugeben; er übernimmt ja eine Schuld, die bereits besteht, deren Vorhandensein eine condiciosine qua non für die Möglichkeit des Übernehmens ist.

Was endlich die Anwendung des § 780 BGB. betrifft, so möchte ich mich hier Silbermann anschliessen, der das Bestehen einer fremden Verbindlichkeit als materiellen Vertragsbestandteil betrachtet; ich folge hier meiner bereits am Anfang der Darlegung vertretenen Ansicht, von der Akzessorietät der kumulativen Schuldübernahme bei ihrem Entstehen und betrachte diese Beziehung zur Urschuld als die Basis der neuen Schuld. Die Schuldübernahme ist deshalb nicht abstrakt und es kann daher keine Schriftform, wie für abstrakte Schuldverprechen, verlangt werden.

Für die Formfreiheit tritt auch Oertmann[1]) ein, der m. E. mit Recht besonders hervorhebt, dass auch die entsprechende Anwendung einer solchen positiven Formvorschrift (§ 766 BGB.) bedenklich erscheint[2]) und auf eine seltsame Inkonsequenz bei der Anwendung der Schriftform hinweist, die sich gegenüber der privativen Schuldübernahme ergeben würde.

Welche Früchte die Stellung der Literatur gegenüber der oben zitierten Reichsgerichtsentscheidung gezeitigt hat,

---

[1]) S. 332 ff. mit ausführlicher Literaturangabe.

[2]) Ähnlich Staudinger II. S. 367

soll nun im folgenden an der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs gezeigt werden; es seien deshalb die besonders interessanten Urteile in dieser Beziehung näher betrachtet.

Schon einen Schritt vorwärts gegenüber seiner ursprünglichen Ansicht geht das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 14. November 1904[1]) indem es ausführt: „Der erkennende Senat entscheidet ... die Frage, ob überhaupt eine von der selbstschuldnerischen Bürgschaft verschiedene sogenannte kumulative Schuldübernahme denkbar ist, dahin, dass sie allerdings insoferne zu bejahen ist, als ausnahmsweise einem Schuldner auf Grund einer eigenartigen Sachlage noch ein zweiter nachträglich als gewöhnlicher Schuldner im Sinn des § 421 BGB. hinzutreten kann — dass aber in der Regel und im Zweifel die sogenannte kumulative Schuldübernahme nichts anderes als eine Bürgschaft ist. Damit ist ohne weiteres für alle Fälle solcher Schuldnahme, im Zweifel die Anwendbarkeit des § 766 BGB. gegeben, soweit nicht der § 350 HGB. entgegensteht, während anderseits in jenen Ausnahmefällen zur entsprechenden Anwendung des § 766 BGB. allerdings kein Anlass gegeben sein möchte."

Nur zögernd hat sich also in dieser Entscheidung das Reichsgericht entschlossen, die Möglichkeit einer von der Bürgschaft verschiedenen kumulativen Schuldübernahme anzuerkennen. Das Reichsgericht betont aber ausdrücklich, dass nur in Ausnahmefällen eine sogenannte kumulative Schuldübernahme denkbar sei, die dann allerdings der Schriftform nicht bedürfe. Wann diese Ausnahmefälle gegeben, welche Umstände vorliegen müssen, darüber schweigt sich die höchste Instanz aus. „Im Zweifel" ist ohne weiteres Bürgschaft anzunehmen, d. h. jedenfalls, wenn nicht festgestellt ist, dass der neue Schuldner ausdrücklich eine kumulative Schuldübernahme eingehen wollte; in einem solchen, nur vereinzelt vorkommenden Falle sei dann § 766 BGB. nicht anwendbar.

[1]) S. Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 59, S. 232.

Die Entscheidung vom 23. November 1906[1]) ist überschrieben: „Unterschied der sogenannten kumulativen Schuldübernahme von dem Eintritt eines Dritten als Samtschuldner in ein bestehendes Rechtsverhältnis". Diese Überschrift ist vollkommen unverständlich; denn der Unterschied ist aus der Entscheidung beim besten Willen nicht zu entnehmen.[2]) Das Reichsgericht hält hier allerdings an seiner Auffassung von dem ausnahmsweisen Vorkommen der kumulativen Schuldübernahme fest, spricht sich aber nun klar für ihre Existenz und Formfreiheit aus.

Aus den Gründen sei folgendes wiedergegeben: „Die Rechtsprechung betont für die sogenannte kumulative Schuldübernahme auch, dass sie im Zweifel und regelmässig Bürgschaftscharakter habe, weil durch ein solches Versprechen regelmässig inhaltlich eine Verbürgung, d. h. das Einstehen für die Erfüllung der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners, also einer fremden Schuld gewollt sei (§ 765 B. G. B.). Aber nicht jede Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses, bei dem neben dem bisherigen Schuldner ein neuer Schuldner eintritt, enthält eine Verbürgung; das ist nicht der Fall, wenn der eintretende Schuldner nicht beabsichtigt, derart für die Verbindlichkeit des Schuldners einzustehen, dass seine Verbindlichkeit von vornherein und fortdauernd von der Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners abhängig sein soll, wenn also der neue Schuldner eine eigene selbständige Verbindlichkeit übernehmen will, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängig sein soll. In diesem Fall fehlt es an dem Willen für eine fremde Schuld aufzukommen. Es wird eine selbständige Verbindlichkeit nach § 421 B. G. B. begründet; um auf einen solchen Willen schliessen zu können, bedarf es besonderer Umstände".

Das Urteil geht also von dem Standpunkt aus, dass regelmässig nur eine Verbürgung gewollt sein wird, wenn ein neuer Schuldner neben dem Urschuldner sich für die

[1]) R. G. E. Bd. 64 S. 318 ff.

[2]) S. Silbermann Bl. f. Rechtsanwendung, Bd. 74, S. 48.

gleiche Schuld verpflichte, betont aber dann, dass möglicherweise ein Schuldner auch in der Weise in ein bestehendes Rechtsverhältnis eintreten kann, dass er eine selbstständige Verbindlichkeit nach § 421 B. G. B. übernimmt, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des Urschuldners unabhängig sein soll.

Es wird hier nun zugegeben, dass eine von der Bürgschaft zu unterscheidende kumulative Schuldübernahme möglich ist. Wann ist dies aber der Fall? Dann, wenn der Wille für eine fremde Schuld einzustehen, zurücktritt hinter dem Willen eine eigne Schuld aufzunehmen; da das Reichsgericht nun der Ansicht ist, dass dieser Wille nicht ohne weiteres erkennbar ist, verlangt es zum Nachweis einer dahingehenden Absicht das Vorhandensein besonderer Umstände. Diese Umstände nun bestehen darin, dass der Uebernehmer ein eigenes Interesse an der Tilgung der übernommenen Schuld hat. Um zu ersehen, worin im gegebenen Fall das Reichsgericht das eigene Interesse erblickt, sei hier ganz kurz der Tatbestand wiedergegeben: Der Beklagte betreibt auf einem Grundstück in Köpenick, das ihm von seinem Vater mit allem Zubehör und Inventar Anfang November 1903 verkauft worden ist, eine Dampfwaschanstalt. Die Klägerin hat dem Vater des Beklagten für die von ihm betriebene Anstalt, welche der Beklagte von seinem Vater übernommen hatte, einen Gasmotor im November 1902 käuflich geliefert. Die Klägerin behauptet, sie habe von dem Kaufpreis noch einen Rest zu fordern. Die Klage stützt sich im wesentlich darauf, dass der Beklagte dem Prokuristen der Gegnerin sich mündlich verpflichtet habe, er werde die Restschuld für den gekauften Motor in bestimmten Raten zahlen.

Die Entscheidung führt nun aus, dass Beklagter das ganze Anwesen einschliesslich des Geschäftes und des Motors von seinem Vater übernommen, der Beklagte den Motor in seinem Geschäft benutzt habe, dass also dieser Motor dem Beklagten die nötige Kraft zum Betrieb der Dampfwaschanstalt lieferte. Diese Umstände begründen das eigene Interesse, das Beklagter daran hat, die Klägerin

durch Uebernahme einer selbständigen Zahlungsverpflichtung von Zwangsmassregeln abzuhalten.

Hier werden also die „besonderen Umstände“ in dem eigenen Interesse des Schuldübernehmers erblickt, das er an dem Betrieb seiner Anstalt hat; in dem ersten zitierten Urteil vom 20. März 1902 handelt es sich darum, dass der Sohn des Beklagten dem Kläger Warenkaufpreise schuldete, aber plötzlich verschwunden war. Der Beklagte hatte dem Kläger erklärt, er wünsche nicht, dass die Sache an die Öffentlichkeit komme, er werde den ganzen Betrag zahlen: hiermit war Kläger einverstanden. Sind hier nicht auch besondere Umstände gegeben; hat nicht der Vater ein eigenes Interesse daran, dass die Zahlungsunfähigkeit seines Sohnes geheim bleibt? Hier hätten ähnliche Gründe für das Vorhandensein einer kumulativen Schuldübernahme gesprochen, wie in der Entscheidung vom November 1906; denn ich glaube nicht, dass das eigene Interesse stets ein so rein wirtschaftliches zu sein braucht, wie dies beim Geschäftsbetrieb der Waschanstalt der Fall ist.

Zum Schlusse sei nur noch aus der neuesten Zeit eine Entscheidung[1]) angeführt, in der das Reichsgericht von einer selbständigen Verbindlichkeit spricht, deren Fortbestand von der Verbindlichkeit des ursprünglichen und eigentlichen Schuldners unabhängig sein soll. Eine selbständige und von der Bürgschaft verschiedene Verpflichtung kann in einem solchen Eintritt (d. h. ein Eintritt in ein anderes Schuldverhältnis dergestalt, dass der neue Schuldner neben dem alten als Hauptschuldner haften will) einerlei, ob dessen Erklärung nach der Begründung der Schuld, oder gleichzeitig mit dieser erfolgt, nur gefunden werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die den Willen auf Begründung einer neben der des Hauptschuldners selbständig bestehenden, von dieser unabhängigen Verbindlichkeit deutlich ergeben. Besondere Umstände in diesem Sinne sind vorhanden, wenn die Vorteile aus dem Vertragsverhältnis, auf dem die Verbindlichkeit des ur-

[1]) R. G. E. Bd. 71, S. 116 ff.

sprünglichen Schuldners beruht, ganz oder zum Teil wirtschaftlich dem Eintretenden zugute kommen oder wenn dieser jedenfalls an den Leistungen aus dem Hauptvertrage, sei es auf der einen oder der anderen Seite ein eigenes Interesse hat. Im Zweifel, wenn solche besondere Umstände nicht festzustellen sind, ist die sogenannte kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft anzusehen.

In dieser Entscheidung ist zum erstenmal vom Reichsgericht der Versuch gemacht, die „besonderen Umstände", die es für das Vorhandensein einer kumulativen Schuldübernahme verlangt, näher darzulegen.

Hier tritt uns deutlich vor Augen, wie eng die Frage nach der Form der kumulativen Schuldübernahme mit ihrem Wesen verknüpft ist und es scheint, dass in der Literatur wie in der Rechtssprechung die zweite Frage, die doch eigentlich die wichtigere ist, hinter die erstere zurückgetreten ist.

Wollen wir in Kürze das Resultat der reichsgerichtlichen Entscheidungen betrachten und sehen, ob uns die letzte Entscheidung die Basis gibt für die richtige Beurteilung der kumulativen Schuldübernahme.

Am 20. März 1902 steht das Reichsgericht auf dem Standpunkt: Bürgschaft und kumulative Schuldübernahme sind sich so ähnlich, dass auf beide die Schriftform des § 766 BGB. angewendet werden muss; während am 14. November 1904 anerkannt wird, dass es wohl eine selbständige kumulative Schuldübernahme geben könnte, aber so vereinzelt, dass man im Zweifel immer Bürgschaft annehmen müsste. Diese Entscheidung bedeutet schon ein Zugeständnis an die in der Literatur vertretene Meinung. Stufenweise geht es nun vorwärts. Am 23. November 1906 wird zugegeben, dass eine kumulative Schuldübernahme stets anzunehmen sei, wenn der neue Schuldner eine in gewisser Beziehung selbständige Verbindlichkeit eingehen wollte. Dieser Wille ist aber nur vorhanden, wenn besondere Umstände gegeben seien. Am 3. Mai 1909 wird uns gesagt, wann diese Umstände als vorhanden angenommen werden können.

Fest steht nunmehr auf Grund der Rechtssprechung: Es gibt eine von der Bürgschaft durchaus verschiedene kumulative Schuldübernahme; da § 766 BGB. sich nur auf die Bürgschaft bezieht, ist die kumulative Schuldübernahme formfrei.

Der kumulative Schuldübernehmer tritt allerdings, ebenso wie der Bürge, neben die Person des Hauptschuldners. Aber der Übernehmer nimmt im Gegensatz zum Bürgen, der für die fremde Schuld nur haftet, (einsteht) die Schuld als eigene auf; seine Verbindlichkeit ist ebenso wie die des Bürgen akzessorisch zur Hauptschuld im Moment ihres Entstehens; aber jetzt trennen sich die Wege: Die Schuld des Bürgen verliert ihre Akzessorietät auch während ihres Bestehens nicht, die übernommene Schuld verselbständigt sich im gewissen Sinn; in ihrem Fortbestand folgt sie nicht mehr den Wandlungen der Hauptschuld. Auf die Eingehung einer derartigen Verbindlichkeit muss der Wille des Übernehmers gerichtet sein; darin also erblickt das Reichsgericht das subjektive Erfordernis für das Vorhandensein der kumulativen Schuldübernahme; dazu kommen noch die objektiven Erfordernisse, die gegeben sein müssen, um auf einen derartigen Willen überhaupt schliessen zu können; es muss dem Übernehmer aus dem ürsprünglichen Vertrag ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen oder er muss an den Leistungen aus dem Hauptvertrag ein eigenes Interesse haben. Das Reichsgericht geht hier also, wenn ich recht verstehe, davon aus, dass es nicht unbedingt nötig ist, dass der Übernehmer wirtschaftlich d. h an Vermögenswerten durch die Übernahme profitieren muss, es genügt auch ein eigenes Interesse, das wohl auch in einem ideellen Gewinn bestehen kann, z. B. in der Erhaltung des Ansehens, der persönlichen Ehre, usw.[1])

So weit möchte ich der letzten Entscheidung des Reichsgerichts beistimmen. Es hat nunmehr schon durch

[1]) s. die unrichtige Entscheidung vom 20. März 1902, wo das Interesse des Vaters dahin ging, die Schulden seines Sohnes nicht an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen: zweifellos „ein eigenes Interesse an den Leistungen des Hauptvertrags."

die schrankenlose Anerkennung der kumulativen Schuldübernahme als eigenes Rechtsinstitut auch deren Formfreiheit sanktioniert.

Wir können aber aus der Entscheidung auch entnehmen, dass die Trennung beider Institute sehr wohl möglich ist, denn die besonderen Umstände, die für die kumulative Schuldübernahme verlangt werden, sind in kurzen Worten festgelegt, und es erhebt sich nur die Frage: genügt diese Festlegung für die Praxis, ohne blindlings in verba magistri schwören zu müssen? Ich glaube, man kommt mit der vom Reichsgericht gegebenen Auslegung durch, und eben deshalb scheinen mir die letzten Worte der oben zitierten Entscheidung: „Im Zweifel, wenn solche besonderen Umstände nicht vorhanden sind, ist die sogen. kumulative Schuldübernahme als Bürgschaft anzusehen;" nicht ganz klar zu sein; entweder sind die Worte „im Zweifel" überflüssig oder die Worte „wenn solche besondere Umstände nicht vorhanden sind". Ein Zweifel könnte eben nur bestehen, wenn die besonderen Umstände fehlen; es soll mit den ersten zwei Worten wahrscheinlich dasselbe gesagt werden, wie in dem Wenn-Satze, dann hiess es aber doch wohl besser: „im Zweifel", das heisst „wenn" . . .

Aber mir scheint der ganze Satz als unnötig, denn einerseits wenn die besonderen Umstände nicht gegeben, liegt eben Bürgschaft vor. Wo sollen dann die Zweifel herkommen? Und andererseits, wenn die besonderen Umstände vorhanden sind, ist der Tatbestand der kumulativen Schuldübernahme erfüllt.

Aus diesen Erwägungen halte ich es nicht für nötig, auf die langen Ausführungen einzugehen, die Westerkamp[1]) und Reichel[2]) der Frage widmen, wie „im Zweifel" zu entscheiden sei.

Zuzugeben ist allerdings, dass der Laie sich nicht immer der richtigen Ausdrucksweise bedient, wenn es sich um Eingehung eines Rechtsgeschäftes der Personalinterzession handelt, obgleich man denken sollte, dass ein so

[1]) S. 277 ff.
[2]) S. 224, ff.

häufiges und althergebrachtes Sicherungsmittel wie die Bürgschaft stets auch in dem Wortlaut der Parteiverabredung deutlich zum Ausdruck gelangen könnte. Aber leider wählen die Parteien oft ungenaue Redewendungen, die Zweifel an dem Willen aufkommen lassen können. Aber nur um zweifelhafte Worte kann es sich handeln; an Worte soll jedoch der Richter sich nicht klammern; den Willen der Parteien kann er aus der gerade im Augenblick des Vertragsabschlusses gewählten Ausdrucksweise allein in vielen Fällen nicht entnehmen. „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften".[1]) Diese Erforschung wird dem Richter durch das ihm eingeräumte Fragerecht[2]) erleichtert, so dass er nach Abschluss der Verhandlung und Beweisaufnahmen das gesammte tatsächliche Material klar vor sich haben kann. Die vornehmste Aufgabe ist es nun für ihn, diese von ihm gesammelte tatsächliche Masse in eine juristische Form zu giessen. Das kann ihm in unserem Fall nicht so schwer fallen, wenn er sich an die vom Reichsgericht gegebenen Leitsätze hält. Findet er, dass der hinzutretende Schuldner wirtschaftliche Vorteile aus dem ursprünglichen Vertragsverhältnis hat, oder dass er ein eigenes Interesse an den Leistungen aus dem Hauptvertrage hat, so wird er zur Annahme einer kumulativen Schuldübernahme kommen müssen. Wann ein wirtschaftlicher Vorteil wie ihn das Reichsgericht verlangt, vorliegt, wird nicht schwierig zu ermitteln sein, aber ich glaube, auch die Frage nach dem „eigenen Interesse" zu beantworten wird keine allzugrosse Mühe machen. Wie schon oben angedeutet, will es mir fast scheinen, als ob das „eigene Interesse" hier in gewissem Gegensatz zum „wirtschaftlichen Vorteil" stünde; dann allerdings ist dem Richter für die Annahme des eigenen Interesses ein weiter Spielraum gelassen und es mag zugegeben werden, dass durch eine extensive Interpretation dieser Worte mancher Tatbestand

[1]) s. § 133 BGB.
[2]) s. §§ 139, 396, ZPO.

als kumulative Schuldübernahme sich darstellt, den man bei engherziger Auslegung als Bürgschaft auslegen könnte. Aber ich glaube, das ist nicht schlimm, denn in unserer Zeit, wo die Vereitelung der Gläubigerrechte durch irgend welche Schiebungen gar nicht selten,[1]) kann es nicht schaden, wenn auch der leichtsinnige Schuldenmacher sich einmal weniger ins Fäustchen lacht.

Nicht richtig fasst meines Erachtens Wolff[2]) die besonderen Umstände, die das Reichsgericht verlangt, auf, wenn er dann Bürgschaft annimmt, wenn der Dritte beim Vertragsabschluss hoffte, oder hoffen konnte, aus dem Vertrage nicht in Anspruch genommen zu werden; kumulative Schuldübernahme aber als gegeben betrachtet, wenn der Dritte beim Vertragsabschluss bestimmt wusste, dass er zahlen müsse, weil er dann das Bewusstsein habe, mit dem Zahlungsversprechen eine eigene Verpflichtung eingegangen zu haben, für die er selbst aufkommen muss. Vor allem glaube ich, dass auch der Uebernehmer nicht immer bestimmt wissen kann, dass er zahlen muss. Aber auch selbst wenn der neben den alten Schuldner Hinzutretende genau wusste, dass er zahlen muss, ist es nicht ausgeschlossen, dass er eine Bürgschaft eingehen wollte. Wenn es auch nur selten vorkommen mag, so ist doch die Möglichkeit gegeben, dass eine Bürgschaft für einen Schuldner übernommen wird, dessen Zahlungsunfähigkeit bereits bei der Bürgschaftsübernahme feststeht.

Der Umstand, dass der neue Schuldner bestimmt wusste, dass er zahlen muss, ist also m. E. weder erforderlich noch ausreichend, um das Vorhandensein einer kumulativen Schuldübernahme anzunehmen.

Auch kann ich Wienstein[3]) nicht zustimmen, der die Ansicht vertritt, dass man die Möglichkeit des giltigen Versprechens für die Erfüllung einer fremden Verbindlich-

---

[1]) Ich erinnere nur an die Verträge, durch welche Angestellte und Prinzipale den pfändbaren Teil ihres Gehaltes einem Dritten, meist der Ehefrau, zuweisen.

[2]) S. 91.

[3]) Gruchot, Bd. 53, S. 535 ff.

keit zu erwägen hat, und dass ein dahingehender Wille sich schon durch den Ausdruck ermitteln lassen wird. Gerade der Irrtum des letzteren Satzes ist augenfällig, da wie ich oben bereits betonte, der Laie in der Wahl seiner Worte oft nicht sehr genau ist, sodass die gebrauchten Ausdrücke nicht immer geeignet sind, über den wahren Willen der Parteien einen richtigen Aufschluss zu geben.

Ich schliesse mich also der letzten Reichsgerichtsentscheidung an und halte die dort gegebenen Auslegungsbehelfe für ausreichend. Die „besonderen" Umstände, die für das Vorhandensein einer kumulativen Schuldübernahme verlangt werden, sind nunmehr auch festgelegt und somit der Wunsch von Thurs[1]) erfüllt, der im Hinblick auf frühere Entscheidungen sagte: „Dagegen bedürfen die besonderen Umstände, unter denen nach Ansicht des Reichsgerichts Schuldbeitritt anzunehmen ist, einer festen Präzisierung, die sich auch aufstellen lässt."

Und sie hat sich in der Tat aufstellen lassen: findet der Richter, dass der neu eintretende Schuldner aus dem Vertragsverhältnis, auf dem die Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners beruht, irgend welchen Nutzen hat, so wird er zur Annahme einer kumulativen Schuldübernahme kommen, zum selben Ergebnis wird er gelangen müssen, wenn er der Ansicht ist, dass der Eintretende, sei es der Aktiv- oder der Passivseite des ursprünglichen Vertragsverhältnisses derart nahesteht, dass er an der Erfüllung einer der beiden Leistungen besonders interessiert ist. In beiden Fällen muss natürlich stets die Voraussetzung gegeben sein, dass der neue Schuldner eine nur bei ihrem Enstehen, nicht auch in ihrem Fortbestand abhängige Schuld eingehen wollte.

Kann der Richter einen der beiden angeführten besonderen Umstände nicht feststellen, so wird er zum Schlusse kommen müssen, dass eine Bürgschaft gewollt war, die dann der Schriftlichkeit nach § 766 B. G. B. bedarf.

[1]) Deutsche Juristenzeitung, 1900, S. 1177.

[2]) s. Oertmann, S. 934 und 942.

§ 4.

Die Folgen der Akzessorietät im Augenblick der Entstehung.

Wir haben am Anfang gesehen, dass sowohl Bürgschaft wie kumulative Schuldübernahme im Augenblick der Entstehung als akzessorische Schuldverhältnisse anzusehen sind. Dass heisst, dass sie ohne den giltigen Bestand einer Hauptverbindlichkeit nicht ins Leben treten können. Diese Erscheinung soll hier etwas eingehender geprüft werden.

Es kann eine Bürgschaft nicht entstehen, wenn die Hauptschuld ungiltig ist, z. B., wenn sie auf einem unsittlichen Rechtsgeschäft nach § 138 BGB. entstanden ist.[1]) Eine Bürgschaft für eine derartige Schuld ist nichtig, ebenso verhält es sich, wenn die Hauptverbindlichkeit anfechtbar und bereits vom Anfechtungsrecht Gebrauch gemacht ist. Dann ist die Bürgschaft von Anfang an als ungiltig zu betrachten. Wenn die Wirksamkeit der Hauptverbindlichkeit von der Genehmigung eines Dritten abhängt, z. B. wenn ein Minderjähriger einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters geschlossen hat (§ 108 BGB.), so ist die Bürgschaft hiefür ungiltig, wenn die Genehmigung verweigert wird. Das Gleiche gilt, wenn die Hauptverbindlichkeit durch einen rechtsgiltigen Widerruf unwirksam wird. Eine Bürgschaftsverpflichtung ist selbst dann nicht vorhanden, wenn der Bürge bei Eingehung seines Vertrags Kenntnis von der Nichtigkeit der Hauptschuld hatte.[2]) Es liegt hier eigentlich eine Verpflichtung vor, die sich auf ein Plus gegenüber der Hauptschuld erstreckt, ist also insoweit keine Bürgschaft und es wäre höchstens zu erwägen, ob ein abstraktes Schuldversprechen nach § 780 gewollt war. Eine derartige Verbindlichkeit

[1]) s. Reichsgericht Bd. 63, S. 371.

[2]) s. Jurist. Wochenschr. 1906. S. 347.

bedürfte dann allerdings auch der Schriftlichkeit. Vielleicht führt hier auch die Auslegungsregel des § 140 BGB. zum Ziele,[1]) mit Hilfe deren man auf dem Wege der Konversion eine nichtige Bürgschaft als giltiges Schuldversprechen oder auch als Schenkungsversprechen ansehen kann, in welch letzterem Falle sogar gerichtliche oder notarielle Form vorgeschrieben wäre (§ 518 BGB.). Jedoch ist bei derartigem Auslegungbehelfen grosse Vorsicht geboten.

Der Satz, dass die Bürgschaft die Existenz einer Hauptschuld voraussetzt, erfährt eine kleine Einschränkung in § 765 Abs. 2 BGB., wonach ebenso wie im gemeinen Recht auch eine Bürgschaft für künftige Schulden möglich ist; so ist z. B. auch die Übernahme der Bürgschaft für alle aus der Geschäftsverbindung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner künftig entstehende Verbindlichkeiten zulässig; wie überhaupt im kaufmännischen Verkehr eine Bürgschaft für in der Zukunft erst ins Leben tretende Schulden vielfach üblich ist.[2])

Es ist hier noch die Frage zu erörtern, ob eine Bürgschaft für eine sogen. natürliche Verbindlichkeit möglich ist. Das BGB. enthält über die sogen. Naturalobligationen überhaupt keine allgemeinen Vorschriften. Allein es finden sich Rechtsverhältnisse, die man als Schuldverhältnisse betrachten kann, bei denen dem Gläubiger zwar das Recht seine Forderung im Wege der Klage geltend zu machen nicht zusteht, die aber doch auch in anderer Beziehung eine gewisse rechtliche Bedeutung haben, was sich besonders darin zeigt, dass das auf Grund einer solchen Forderung Geleistete nicht nach Massgabe des § 812 BGB. als ungerechtfertigte Bereicherung zurückgefordert werden kann. Eine Bürgschaftsübernahme für eine derartige Verbindlichkeit war zwar im gemeinen Recht giltig, kann aber nach dem bürgerlichen Gesetzbuch nur in sehr beschränktem Masse zugelassen werden.

Aus Spiel, Wette, staatlich nicht genehmigtem Lotterievertrag, aus Differenzgeschäft (§ 762 ff. BGB.) und aus

[1]) s. Oertmann, S. 934, u. 942.

[2]) s. Reichsgerichtsentsch. Bd. 34, S. 155.

einem Versprechen auf Zahlung des Ehemäklerlohnes (§ 656 BGB.) wird eine Verbindlichkeit überhaupt nicht begründet. Die Akzessorietät der Bürgschaft im Moment ihrer Entstehung verlangt das Vorhandensein einer Obligation oder doch mindestens deren zukünftige rechtsverbindliche Existenz. Fehlt diese, so hat dies die Unwirksamkeit der Bürgschaft zur Folge[1]). Die Bürgschaft setzt, wie Siber[2]) sagt, eine klagbare Verpflichtung des Hauptschuldners voraus.

Die Verbürgung für eine verjährte Schuld wird man als giltig ansehen müssen, da der § 222 dem Verpflichteten nach vollendeter Verjährung nur ein Leistungsverweigerungsrecht gibt, das er im Wege der Einrede geltend machen kann; ob der Verpflichtete aber die Einrede der Verjährung geltend machen will, ist seinem eigenen Ermessen, seinem Gewissen überlassen. Während also bei den oben genannten Naturobligationen eine Verpflichtung des Schuldners im Urteil niemals ausgesprochen werden kann, ist die Verurteilung zur Zahlung einer verjährten Schuld sehr wohl möglich, wenn der Verpflichtete von seinem Einrederecht keinen Gebrauch macht. Die verjährte Schuld begründet also keine klaglose Verbindlichkeit und es ist deshalb für sie eine Verbürgung statthaft.

In Bezug auf die kumulative Schuldübernahme können wir im allgemeinen das Gleiche sagen wie für die Bürgschaft. Und es gilt auch hier der Grundsatz: ohne giltige Urschuld keine Übernahme.

Für ein von vornherein nichtiges Rechtsgeschäft nach §§ 134, 138 BGB. ist eine giltige Übernahme unmöglich. Ebenso werden wir aber selbst dann zu entscheiden haben, wenn dem Übernehmer die Nichtigkeit der Urschuld bekannt war. Es müssen hier die für die Bürgschaft geltenden rechtspolitischen Grundsätze ebenfalls als massgebend betrachtet werden; es könnte sich auch hier nur darum handeln, den Mitübernahmevertrag etwa als Schenkungsversprechen nach § 518 BGB. oder als Schuldanerkenntnis

[1]) s. Dernburg II, S. 11, § 3 II. 1. Bürgschaft aus Spiel- und Wettschulden und Schulden aus Differenzgeschäft ist unwirksam.

[2]) s. Rechtszwang, S. 63.

nach § 780 BGB. Geltung zu verschaffen, was aber natürlich nur bei Wahrung der für diese Rechtsgeschäfte vorgeschriebenen Form denkbar ist. Die Übernahme einer Schuld, die ihre Grundlage auf einem bereits zur Zeit der Übernahme mit Recht angefochtenen Rechtsgeschäft hat, ist nichtig wie die Urschuld.

Wir haben oben gesehen, dass § 765 Abs. 2 BGB. eine Bürgschaft auch für zukünftige Verbindlichkeiten gestattet und es ist nun zu prüfen, ob wir diese Bestimmung auch für die kumulative Schuldübernahme anwenden können. Reichel[1]) bejaht dies; er stellt vor allem die Beantwortung dieser Frage auf den Übernahmewillen des Übernehmers ab; dauert dieser Wille über den Zeitpunkt hinaus fort, zu dem die übernommene Schuld wirksam zur Begründung gelangt ist, so könne man unbedenklich den Vertragsabschluss als erst in diesem Zeitpunkt zu Ende gekommen ansehen. Sollte diese Feststellung nicht getroffen werden können, so könnte man eine Mitübernahme für künftige Schulden doch rechtfertigen, da das Versprechen für etwas zur Zeit Unmögliches, in der Zukunft aber voraussichtlich Mögliches als ein Versprechen nach Treu und Glauben (§ 157 BGB.) unter der Bedingung erteilt anzusehen sei, dass die Urschuld zu stande kommt. Schliesslich konstruiert Reichel noch eine Vollmacht zu einer künftigen simultanen Schuldübernahme nach § 167 BGB.; die dem Gläubiger oder Urschuldner gegenüber erklärte Mitübernahme sei eine Ermächtigung des Urschuldners, die Schuld auch zugleich im Namen des Mitübernehmers zu kontrahieren. Zum Beweise dieser letzten Argumentation führt Reichel das Beispiel an, dass S., der ein Darlehen aufnehmen will, im Vorhinein eine Darlehensurkunde in blanco aufsetzt und unterschreibt, diese Urkunde aber von vorneweg sein Geschäftsfreund U. mitunterschreibt. In dieser Mitvollziehung durch U. liege die Ermächtigung des S. die Urkunde dem zu gewinnenden Darlehensgeber zu behändigen, mit dem Anerbieten, dass zur Rückzahlung des Darlehens U. neben S. als Gesamtschuldner haften wolle.

[1]) S. 354.

Was zunächst die Feststellung über die Dauer des Übernahmewillens betrifft, so scheint mir diese Lösung des Problems nicht gerade sehr glücklich zu sein. Wenn allerdings der Nachweis, der wohl sehr häufig schwer fallen wird, erbracht wird, dass der Übernehmer auch zur Zeit des Urschuldvertragabschlusses als Übernehmer in das Schuldverhältnis eintreten wollte, dann kann man m. E. eine giltige kumulative Schuldübernahme annehmen; wird dieser Tatbestand aber nicht zweifelsfrei festgestellt, so liegt keine Schuldübernahme vor. Besser scheint mir, die verfrühte Schuldübernahme als einen Vertrag anzusehen, dessen Wirksamkeit von der Bedingung abhängt, dass die Hauptschuld zur Entstehung gelangt. Der Übernehmer wird sich also bei nachträglicher Begründung der Urschuld nach den Grundsätzen von Treu und Glauben nicht darauf berufen können, dass zur Zeit der Übernahme noch keine Schuld bestanden habe. Die Annahme einer stillschweigenden Vollmachtserteilung wird wohl in den seltensten Fällen zum Ziele führen, denn ich halte es nicht für wahrscheinlich, dass der Übernehmer im Augenblick der Übernahme daran denkt, den Urschuldner zur Eingehung einer Schuldmitübernahme in seinem Namen bei Begründung der Hauptschuld zu ermächtigen. Es wird hier eben so schwer fallen, den Willen zur Vollmachtserteilung festzustellen, wie oben die Fortdauer des Übernahmewillens bis zur Entstehung der Hauptschuld, die ja möglicherweise sehr lange Zeit, ja vielleicht nach dem Tod des Übernehmers erst ins Leben tritt.

Nach dem Gesagten ergibt sich also, dass die Übernahme künftiger Verbindlichkeiten beim Vorhandensein gewisser Voraussetzungen als zulässig zu erachten sein wird, wobei zu bedenken ist, dass die voraussichtlich eintretende künftige Schuld natürlich eine konkret mögliche sein muss. Die glatte Ablehnung Wolffs[1]) mit dem Hinweise, dass der Übernehmer begrifflich erst nachträglich zur Urschuld hinzutritt, scheint mir zu formalistisch.

[1]) S. 63.

Bezüglich der kumulativen Schuldübernahme von sog. Naturalobligationen gilt das über die Bürgschaft Gesagte. Wo das Gesetz ausdrücklich sagt, dass eine Verbindlichkeit nicht zur Entstehung gelangt, da ist auch keine Schuldübernahme möglich. Ebenso wie bei der Bürgschaft, ist indessen eine kumulative Schuldübernahme für eine verjährte Schuld zuzulassen, denn die Schuld ist ja noch nicht erloschen, der Schuldner ist nur zu einer Einrede berechtigt.

§ 5.
Umfang der Haftung.

Während wir im vorigen Paragraphen die Voraussetzung für das Entstehen von Bürgschaft und Schuldübernahme erörtert haben, soll nun der Umfang der Haftung während des Bestehens näher betrachtet werden.

Für die Bürgschaft stellt das Gesetz in § 767 den Satz auf: Für die Verbindlichkeit des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend. Es handelt sich also darum, was wir unter dem jeweiligen Bestand zu verstehen haben.

Zu eng ist entschieden die Auffassung von Türk,[1]) der mit Beziehung auf die Entstehungsgeschichte des § 767 B. G. B. aus § 672 des ersten Entwurfs unter dem Bestand nur den Gegenstand der Hauptschuld und ihre Rechtsbeständigkeit versteht, nicht aber den Bestand im Sinne aller rechtlichen Beziehungen. Diese gehören aber zum Schuldgegenstand, wenn wir den Begriff etwas weiter fassen, und dies ist notwendig, weil man sonst zu einem unhaltbaren Resultat kommen würde, wie wir später bei der Frage nach Erfüllungsort und Zeit der Bürgschaftsschuld sehen werden.

Aus Satz 3 des § 767 B. G. B. ergibt sich, dass eine vertragsmässige Vereinbarung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, wodurch dieser sich zu einem Plus im Verhältnis zu seiner ursprünglichen Schuld dem Gläubiger gegenüber verpflichtet, für den vorher bereits abgschlossenen Bürgschaftsvertrag belanglos ist. Ebensowenig bindet den Bürgen ein vertragsmässiges Anerkenntnis der Schuld durch den Hauptschuldner.

Die ursprüngliche Verpflichtung des Bürgen bleibt natürlich bestehen, auch wenn sich der Bestand der Hauptverbindlichkeit ändert. Dies gilt besonders auch, wenn die

[1]) s. Gruchot Bd. 46, S. 53.

Änderung durch ein vom Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vorgenommenes Rechtsgeschäft erfolgt, nur dass in diesem Fall die Verpflichtung des Bürgen durch die nachträgliche Änderung nicht erweitert werden kann.[1]) Es muss also stets die wirtschaftliche Identität der Haupt- und Nebenschuld gegeben sein, die Lage des Bürgen darf in keiner Weise verschlechtert, die ihm nach dem Bürgschaftsvertrag obliegenden Pflichten dürfen nicht zu seinem Nachteil geändert werden. Der Bürge darf aber nicht die Haftung für Leistungen, zu denen der Hauptschuldner auch nach dem von der Bürgschaft umfassten Vertrag oder infolge von Verzug oder Verschuldung verpflichtet gewesen wäre, deshalb etwa ablehnen, weil diese Verpflichtungen zum Gegenstand eines nachträglich zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner geschlossenen Vertrags gemacht worden sind, und infolgedessen die Leistungen nunmehr vom Hauptschuldner aus diesem späteren Vertrag geschuldet werden. Der Wortlaut des § 767 BGB. spricht nicht für, sondern gegen diese Auffassung.[2])

Wie uns Satz 3 des § 767 BGB. die Ausdehnung rechtsgeschäftlicher Erweiterungen auf die Bürgschaft verbietet, so folgt aus Satz I dieses Paragraphen, dass wir die rechtsgeschäftlichen Minderungen der Hauptverbindlichkeit auch dem Bürgen zugute kommen lassen müssen. Hieraus ergibt sich ohne weiteres, dass der Bürge frei wird, wenn die Hauptverbindlichkeit — sei es durch den Hauptschuldner oder einen Dritten — getilgt wird, oder wenn der Gläubiger auf Erfüllung verzichtet.

Nach § 275 BGB. wird der Schuldner von der Verpflichtung frei, so weit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Auf diese objektive Unmöglichkeit kann sich auch der Bürge infolge seiner akzessorischen Haftung berufen. Anders ist es, wenn der Hauptschuldner schon von vorneherein die Haf-

[1]) RGE. Bd. 53, S. 357.
[2]) R. G. E. Bd. 59, S. 228.

tung für casus übernommen hat, dann wird wohl auch der Bürge für den zufälligen Untergang einstehen müssen.

Ist die Unmöglichkeit vom Hauptschuldner zu vertreten, so hat der Gläubiger gegen ihn einen Schadenersatzanspruch nach § 280 BGB.; für diesen haftet dann auch der Bürge nach § 767 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Ist die Unmöglichkeit vom Bürgen zu vertreten, so erlischt hiedurch die Haftung des Bürgen nicht. Liegt ein Delikt vor, so verhelfen die Bestimmungen in § 823 und 826 BGB. dem Gläubiger zu seinem Recht, aber auch wo dies nicht zutrifft, wird der Bürge nicht frei. Denn die Verpflichtung, für die Leistung des Hauptschuldners aufzukommen, verpflichtet ihn nach Treu und Glauben zur sorgfältigen Vermeidung alles dessen, was die Erfüllung hindern könnte und mit Recht wird der Gläubiger dem Bürgen, der sich auf eine durch seine Schuld verursachte Unmöglichkeit der Leistung beruft, die replicatio doli entgegen halten. Dieser fast allgemein herrschenden Ansicht gegenüber stellt sich Westerkamp[1]) mit der unzutreffenden Begründung, dass die Haftung des Bürgen in diesem Fall wegen der ihm auferlegten Beweislast unbillig wäre, abgesehen davon, dass sie mit dem Prinzip der Akzessorietät nicht vereinbar wäre, da bei Unmöglichwerden der Hauptschuld (gleichviel aus welchem Grunde) auch die Haftung des Bürgen aus dem Vertrag erlöschen würde. Er verweist also den Gläubiger nur auf die Deliktansprüche. Diese Ansicht ist schon aus dem einen Grunde nicht stichhaltig, weil uns der Begriff der Akzessorietät bei der Bürgschaft nicht zu solchen Konsequenzen führen kann; denn wie eingangs angedeutet, ist es nicht angängig, schon daraus, dass eine Verbindlichkeit akzessorischer Natur ist, mit Sicherheit den Grad ihres Schwächezustandes zu bestimmen. Aber als besonders verfehlt stellt sich das Argument der Unbilligkeit dar, das Westerkamp[2]) dahin zusammenfasst: „Es wäre doch jedenfalls weit unbilliger, wenn der Bürge nur wegen seiner Beweisnotlage, trotz völliger Schuldlosigkeit den

[1]) S. 110.
[2]) S. 105.

Ersatz des Schadens leisten müsste, als wenn gelegentlich des Bürgen Fahrlässigkeit ungesühnt bliebe.“ Dass nur eine Fahrlässigkeit ungesühnt bleibt, wenn der Gläubiger auf die Deliktansprüche angewiesen ist, ist keineswegs zutreffend. Die Anwendung des § 826 allein kann nicht wie Westerkamp meint, in allen Fällen des Vorsatzes zum Ziele verhelfen. Nicht jeder Vorsatz kann als Verstoss gegen die guten Sitten angesehen werden. Überdies erscheint es mir unbilliger, den Gläubiger, der sich vorsichtiger Weise durch einen Bürgen für seine Forderung sichert, leer ausgehen zu lassen, als dem Bürgen da zu Hilfe zu kommen, wo es ihm vielleicht Umstände machen könnte, seine Schuldlosigkeit zu beweisen. Leicht könnte da der Bürge die Unmöglichkeit der Leistung in der Weise herbeiführen, dass es dem Gläubiger überhaupt nicht gelingen kann, die Schuld des Bürgen zu beweisen und dieser würde sich einfach, um sich seiner Zahlungspflicht zu entziehen, auf den Mangel eines Beweises für sein Verschulden zu stützen brauchen. Dies würde doch dem Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr Hohn sprechen. Es darf dem Bürgen nicht gestattet sein, durch sein Verschulden die Erfüllung der Schuld unmöglich zu machen und auf diese Weise sich selbst von der Verpflichtung zu befreien.

Wir müssen an dieser Stelle auch die Frage erörtern, ob der Erfüllungsort des Bürgen identisch sein muss mit dem des Hauptschuldners. In der Literatur herrscht hierüber grosse Meinungsverschiedenheit, während Staudinger[1]) den Satz aufstellt, dass der Erfüllungsort des Bürgen nicht der gleiche ist, wie der des Hauptschuldners, geht schon Dernburg[2]) einen Schritt weiter. Dieser lässt den Leistungsort des Hauptschuldners dann auch für den Bürgen bestimmend sein, wenn in dem Schuldvertrag, für den man sich verbürgt hat, ein bestimmter Leistungsort festgesetzt ist. Die Ansicht Staudingers ist besonders

[1]) s. II, S. 1241.
[2]) s. II, S. 120.

eingehend begründet von Türk,[1]) der darauf hinweist, dass die Bürgschaft einen selbständigen Charakter habe, und an die Hauptschuld nicht in allen Beziehungen gebunden sei, und deswegen wie jeder andere Vertrag ihren eigenen Leistungsort haben müsse. Zum Schlusse sagt Türk m. E. inkonsequent: „Wo indessen nach Wesen und Zweck der Bürgschaft die Leistung des Bürgen am Ort der Hauptschuld erfolgen muss, kann auch der Leistungsort des selbstschuldnerischen Bürgen kein anderer sein, als der des Hauptschuldners".

Die irrige Ansicht Türks wird ausführlich von Staub[2]) bekämpft. Dass der Leistungsort des Bürgen identisch mit dem des Hauptschuldners sein müsse, gehe aus § 767 BGB. hervor, wonach für die Verpflichtung des Bürgen der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit massgebend sei. Dieser Bestand sei aber nichts anderes als der ganze Rechtsbestand mit allen seinen Modalitäten. Mit Recht betont noch Oertmann[3]), dass § 767 BGB. auch nichts über die Erfüllungszeit enthalte, und dass es doch nicht anginge, dass die Erfüllungszeit für den Bürgen eine andere sei, als die für den Hauptschuldner. Konsequenterweise muss also der Erfüllungsort des Bürgen mit dem des Hauptschuldners zusammentreffen, da sich die Bürgschaft nicht nur auf den Schuldgegenstand in engerem Sinne beschränkt. Wenn die Bürgschaftsschuld erfüllt wird, so hat dies in der gleichen Weise zu geschehen, als wenn der Hauptschuldner seine Schuld tilgen würde, und der Gläubiger darf bei der Inanspruchnahme des Bürgen nicht schlechter gestellt sein, als bei der Inanspruchnahme des Urschuldner selbst, denn das ist doch das wesentliche des Bürgschaftsvertrags, dass der Gläubiger darauf rechnen kann, dass der Bürge innerhalb derselben Schranken haftet, wie der Hauptschuldner. Würde es dem Bürgen aber gestattet sein, an einem anderen Ort zu erfüllen, der nicht zugleich Erfüllungsort der Hauptschuld ist, so wäre zweifel-

[1]) s. Gruchot, Bd. 44, S. 844.
[2]) s. ebenda, Bd. 45, S. 220.
[3]) S. 939.

los der Gläubiger in vielen Fällen schlechter gestellt, als das Gesetz es wollte.

Wir haben bisher gesehen, dass die Verpflichtung des Bürgen durch Rechtsgeschäfte des Urschuldners mit dem Gläubiger nicht vergrössert werden kann, anders steht es aber mit Erweiterungen, die sich aus Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners ergeben. Aus § 767 Abs. 1 Satz 2 ergibt sich ohne weiteres, dass der Bürge für Verzugs- und Prozesszinsen haftet. Nach § 767 Abs. 2 BGB. gehört zur Bürgschaftsverpflichtung auch die Haftung für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung. Mit Recht bemerkt Staub[1]), dass sich diese Bestimmung auch auf den selbstschuldnerischen Bürgen bezieht, „denn der Gläubiger hat nur ein Recht von der Vorausverfolgung des Hauptschuldners Abstand zu nehmen, nicht eine solche Verpflichtung dem Bürgen gegenüber."

Eine besondere Beachtung verdient die Beurteilung der Frage, ob der Bürge für die Nebenverpflichtungen des Hauptschuldners haftet. In erster Linie sind hier die Vertragszinsen zu berücksichtigen. Das Gesetz gibt uns hierüber keinen Aufschluss, denn ein darauf bezüglicher Antrag[2]) in der Kommission wurde mit der Begründung abgelehnt, dass sich die Frage nicht allgemein entscheiden lasse, sondern nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen sei. Wenn allerdings Girtanner[3]) für das gemeine Recht zu dem Schlusse kommt, dass im Zweifel der Bürgschaftsvertrag sich nur auf den Kapitalbetrag, nicht auf die Zinsen beziehe, so glaube ich doch, dass wir diesen Satz für unser modernes Recht nicht akzeptieren können. Auch die neuere, sich auf das BGB. beziehende Literatur trägt den jetzigen Anschauungen in Bezug auf die Verkehrssitte mehr Rechnung und nimmt deshalb im Zweifel die Haftung des Bürgen auch für die Zinsen an.

---

[1]) s. HGB, S. 1185.
[2]) Motive II, S. 666.
[3]) S. 587.

Die meisten Schriftsteller[1]) weisen darauf hin, dass der Bürge stets haftet, wenn er die Verzinslichkeit der Hauptschuld gekannt und diesbezüglich keinen Vorbehalt gemacht hat. Eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[2]) weist den Richter an, nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden, den Wortlaut der Bürgschaftserklärung und die Umstände zu erforschen, ob der Wille des Erklärenden auf eine auch die Zinsen umfassende Verbürgung gerichtet gewesen. Allerdings wird es dem Richter nicht immer leicht fallen, einen diesbezüglichen Willen feststellen zu können, jedenfalls zeigt uns die Entscheidung des betreffenden Falles, dass die Haftung für die Zinsen auch dann denkbar ist, wenn der Bürge sie nicht ausdrücklich übernommen hat.

Bestimmter noch spricht sich das Oberlandesgericht Celle[3]) aus: wenn eine Verbürgung für Zinsen nicht ausdrücklich erfolgt ist, so ist doch nach den Grundsätzen des Verkehrs anzunehmen, dass sich die Bürgschaft auch auf Zinsen in üblicher Höhe erstreckt, weil mit der Aufnahme eines Darlehens allgemein die Pflicht zur Zinszahlung verbunden ist. Diese Entscheidung ist unbedingt zu billigen, wir müssen eben auch hier die Auslegungsregeln des § 157 BGB. zu Hilfe nehmen, wenn sich Zweifel an der Kenntnis des Bürgen von der Verzinslichkeit der Hauptschuld ergeben. Es dürfte vielleicht nicht zu viel gesagt sein, wenn der Bürge nicht nur für Zinsen haftet, wenn er die Verzinslichkeit der Hauptschuld kannte, sondern auch wenn er sie kennen musste.

Wenn wir im Folgenden auf den Umfang der Haftung bei der kumulativen Schuldübernahme eingehen, zeigt sich uns auch hier deutlich die Abhängigkeit der Übernahmeschuld von der Urschuld im Augenblick ihrer Entstehung. Der Übernehmer nimmt die Schuld so auf sich, wie sie sich bei dem Abschluss des Übernahmevertrages darstellt,

[1]) Dernburg, II. S. 396; Oertmann S. 941, Staudinger, II. S. 1247, Planck II, S. 829.

[2]) E. d. R. O. H. G. Bd. X, S. 52.

[3]) Seuffert's Archiv, Bd. 51, S. 277.

er will nicht weniger und nicht mehr Schulden wie der Urschuldner; die Identität der Leistung ist das sich um Haupt- und Nebenschuld schlingende gemeinsame Band. Der Umfang der Hauptschuld zur Zeit der Übernahme ist massgebend für den Umfang der Übernahmeschuld, deshalb sind auch alle Rechtsgeschäfte, die vom Urschuldner vor der Übernahme mit dem Gläubiger in Bezug auf die zur übernehmende Verpflichtung abgeschlossen wurden, für und gegen den Übernehmer wirksam. Wie verhält es sich aber mit schulderweiternden Rechtsgeschäften, die vom Urschuldner nach der Übernahme eingegangen wurden? Solche Geschäfte können den Übernehmer nicht belasten, dies ergibt sich aus § 425 BGB., da wir auf die kumulative Schuldübernahme die Vorschriften für die Gesamtschuld anwenden müssen. Selbst wenn wir die für die Bürgschaft geltende Bestimmung des § 767 Abs. I Satz 3 BGB. heranziehen wollten, so würde auch hieraus die Unmöglichkeit des Überwirkens schulderweiternder Rechtsgeschäfte auf den Übernehmer folgen.

Erfüllt der Urschuldner, so wird auch der Übernehmer frei. Nimmt der Gläubiger vom Urschuldner eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungsstatt an, so wirkt dies auch für den Übernehmer, ebenso wenn der Urschuldner hinterlegt oder aufrechnet. Geht die Verpflichtung nicht notwendig auf eine persönliche Leistung des Schuldners, so wird dieser wie der Übernehmer durch die vom Gläubiger angenommene Leistung eines Dritten frei; gemäss § 267 BGB.

Ein besonderer Unterschied gegenüber der Bürgschaft zeigt sich schon, wenn wir die Haftung des kumulativen Schuldübernehmers bei der Unmöglichkeit der Leistung in der Person des Urschuldners ins Auge fassen. Ist die Leistung ohne Verschulden des Urschuldners und Übernehmers unmöglich geworden, so werden natürlich beide frei. Hat der Urschuldner die objektive Unmöglichkeit verschuldet, so haftet er wohl nach § 280 für den Ersatz des Schadens. Der Übernehmer aber wird im Gegensatz zum Bürgen ganz frei. Die Haftung für Schadenersatz

geht nicht auf ihn über. Denn nach § 425 Abs. 2 BGB. wirkt das Verschulden des einen Gesamtschuldners nicht gegen die andern, in diesem Punkt steht also der kumulative Schuldübernehmer besser als der Bürge. Wie steht es nun mit der Haftung des kumulativen Schuldübernehmers, wenn die Leistung dem Urschuldner nur subjektiv unmöglich ist. Das Gesetz gebraucht in § 425 Abs. 2 den Ausdruck „Unmöglichkeit" für Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit). Eine solche Unmöglichkeit in der Person eines Gesamtschuldners berührt die übrigen Gesamtschuldner nicht. Wird also dem Urschuldner die Leistung subjektiv unmöglich, so bleibt der Übernehmer gleichwohl verhaftet, während der Urschuldner frei wird, insoferne er beweisen kann, dass ihn kein Verschulden trifft.[1]) Hier steht nun der Übernehmer schlechter als der Bürge, der kraft seiner, auch während ihres Fortbestands akzessorischen Bürgschaftsverpflichtung frei wird, sobald die Hauptschuld erloschen ist.

Was die Frage nach dem Erfüllungsort bei der kumulativen Schuldübernahme anlangt, so möchte ich hier im allgemeinen die nämlichen Grundsätze aufstellen, wie bei der Bürgschaft; dass der Erfüllungsort für Urschuldner und Übernehmer der gleiche sein muss, wenn sich ein besonderer Erfüllungsort aus Inhalt und Zweck des Urschuldverhältnisses ergibt, lässt auch Reichel[2]) gelten. Der Erfüllungsort soll nach seiner zutreffenden Ansicht nicht nur dann identisch sein, wenn der Übernehmer um den besonderen Erfüllungsort wusste, sondern auch dann, wenn dieser sich, ohne dass der Übernehmer es erkannte, aus der Sachlage ergibt. Die Begründung Reichels, dass überall da, wo eine Erfüllung certo loco geschuldet wird, eine Erfüllung alia loco sich als Nichterfüllung erweist, ist stichhaltig, ich möchte aber das Hauptgewicht doch auf ein anderes Moment legen. Der Übernehmer nimmt die Schuld so auf sich, wie sie sich zur Zeit des Übernahmevertrags präsentiert. Alle ihr anhaftenden Mo-

[1]) s. § 282, BGB.
[2]) S. 362.

dalitäten sind Gegenstand seiner Haftung. Auch ein vor der Übernahme zwischen Gläubiger und Urschuldner eigens vereinbarter Erfüllungsort. Dass ein nach der Übernahme festgesetzter Erfüllungsort nicht vom Übernehmer berücksichtigt zu werden braucht, ist selbstverständlich.

So weit stimme ich im Ergebnis mit Reichel überein. Weiter vermag ich ihm aber nicht zu folgen, wenn er beim gesetzlichen Erfüllungsort sich dahin entscheidet, dass dieser nicht für den Übernehmer massgebend sein solle. Nach § 269 BGB. hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hat, soferne ein Ort für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen ist. Dass in diesem letzteren Fall, d. h. wenn die Parteien keinen besonderen Leistungsort vereinbart haben, oder ein solcher aus der Natur des Schuldverhältnisses nicht zu ersehen ist, der Erfüllungsort gleichgiltig sei, kann ich nicht annehmen. Wäre dies richtig, so müsste nach allgemeinen Grundsätzen, wenn nichts bestimmt ist, der Schuldner das Recht haben, sich einen Erfüllungsort auszuwählen. Ich glaube auch schon daraus, dass das Gesetz es für nötig erachtet, einen allgemeinen Erfüllungsort für Zweifelsfälle zu statuieren, entnehmen zu können, dass es den Erfüllungsort in keinem Fall als gleichgiltig ansieht. Überdies kann man auch gar nicht sagen, den Parteien wäre es gleich, wo erfüllt wird, sonst hätten sie wohl einen bestimmten Leistungsort vereinbart, im Gegenteil, die Parteien haben vielleicht jegliche Festsetzung dieser Art unterlassen im Vertrauen auf die gesetzlichen Bestimmungen in § 269 BGB, weil sie wussten, dass nur am Wohnsitz des Schuldners geleistet werden kann. Ist dies der Fall, so bildet die Beobachtung auch des gesetzlichen Erfüllungsortes einen Bestandteil der Erfüllung selbst Eine Erfüllung an einem anderen Ort wäre keine richtige Erfüllung; übernimmt nun ein anderer die Schuld, für die der gesetzliche Erfüllungsort massgebend ist, so ist dieser für ihn ebenso Bestandteil seiner Schuld

wie für den Urschuldner. Dieselben Grundsätze möchte ich für die Erfüllungszeit gelten lassen, sie gehört in gleicher Weise wie der Erfüllungsort zum Inhalt der Verpflichtung, die der Übernehmer zu seiner eigenen macht.

Während der Bürge nach § 767 BGB. für Verschulden und Verzug auf Seiten des Hauptschuldners haftet, gibt uns, wie wir oben gesehen, § 425 BGB. die für den kumulativen Schuldübernehmer massgebende Bestimmung, dass Verschulden und Verzug des einen Gesamtschuldners nicht für und gegen die anderen Gesamtschuldner wirkt. Ist also durch Vorsatz oder Fahrlässigkeit des Urschuldners dem Gläubiger ein noch so grosser Schaden entstanden, den Übernehmer geht dies nichts an, er haftet nur für den geschuldeten Gegenstand. Von dieser Haftung wird er allerdings nicht frei (natürlich sofern die Leistung objektiv möglich ist); Schadensersatz aber hat er im Gegensatz zum Bürgen nicht zu leisten. Besonders klar wird dies bei einer Genuss-Schuld, für die Westerkamp[1]) ein treffliches Beispiel gibt: liefert der Schuldner trotz Zusicherung des Nichtvorhandenseins eines Hauptmangels dem Gläubiger ein an Schweinepest erkranktes Schwein, steckt dieses den ganzen Viehbestand des Gläubigers an, wird infolgedessen über des Gläubigers Viehbestand die Sperre verhängt, und damit sein Viehhandel auf lange Zeit unterbunden, so haftet der Bürge für den gesamten Schaden, der aus nicht ordnungsmässiger Erfüllung der Verbindlichkeit, für deren Erfüllung der Bürge einzustehen versprochen hat, enstanden ist. Dagegen braucht der, der nur die Leistung des identischen Vertragsgegenstandes (hier Genuss-Schuld) versprochen hat, nach der Regelung der Gesamtschuldverhältnisse im bürgerlichen Gesetzbuche auch jetzt nur ein fehlerfreies Schwein, nichts mehr zu liefern.

Dem Verschulden gleich zu erachten, ist der Verzug des Urschuldners; er berührt den Übernehmer nicht, und die für den säumigen Urschuldner entstehenden nach-

[1]) s. S. 286.

teiligen Folgen wie Haftung für Verzugszinsen oder eine bedungene Vertragsstrafe berühren den Übernehmer nicht.

Bezüglich der vertraglich vor Abschluss des Übernahmevertrags zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarten Zinsen steht der Übernehmer m. E. dem Bürgen gleich, er haftet im Zweifel für die Zinsen, denn er übernimmt die Schuld ihrem ganzen Inhalt nach und zu diesem sind auch ihre Akzessorien zu rechnen. Die Ansicht Reichels[1]), es spräche keine Vermutung dafür, dass der Mitübernehmer, welcher die Schuld mit zu schulden sich verpflichtet, auch die Nebenverbindlichkeiten habe mit übernehmen wollen, kann ich nicht billigen. Ich stehe auf dem Standpunkt, dass der Übernehmer stets dann für Zinsen haftet, wenn er um die Verzinslichkeit der Hauptschuld wusste, oder wenn er bei einiger Aufmerksamkeit davon hätte Kenntnis haben müssen. Eine solche Kenntnis sollte er aber nicht nur dann haben, wenn er sich z. B. ausdrücklich „für ein auf Interessen ausgeliehenes Kapital“[2]) als mitverhaftet erklärt, sondern schon dann, wenn er eine Darlehensschuld ohne besondere Betonung von deren Verzinslichkeit als eigene Schuld übernimmt, denn er konnte sich sagen, dass ein Darlehen fast immer auf Zinsen gegeben wird, und eine kumulative Übernahme durch ihn sich auf die Zinsen erstreckt. Dass sich die Zinsenverbindlichkeit erkennbar als integrierendes Moment der Hauptverbindlichkeit in der Weise darstellen muss, dass das Kapital ausdrücklich „auf Interessen“ geliehen sein muss, ist m. E. keine notwendige Voraussetzung für die Zinsenhaftung des kumulativen Übernehmers, so kann z. B. auch der Kaufmann nach § 354 HGB. ohne besondere Abmachung Zinsen für ein Darlehen verlangen. Unbedenklich erachte ich den kumulativen Übernehmer einer solchen Schuld auch als verpflichtet, die vom Urschuldner geschuldeten Zinsen zu bezahlen. Die Höhe der vom Übernehmer geschuldeten Zinsen bemisst sich natürlich nach der Höhe der vom Urschuldner zu zahlenden.

[1]) s. S. 358.

[2]) s. Reichel S. 359.

§ 6.

Einreden aus dem Vertrag zwischen Erstschuldner und Zweitschuldner.

Dass Bürge und kumulativer Schuldübernehmer dem klagenden Gläubiger gegenüber diejenigen Einwendungen entgegenhalten können, die gerade ihrer Person entstanden sind, ist ohne weiteres selbstverständlich; so können sie sich z. B. beide auf eine ihnen persönlich gewährte Stundung berufen.

Da die Bürgschaft nach § 765 BGB. stets durch Vertrag des Bürgen mit dem Gläubiger zustande kommt, kann natürlich der Bürge diesem keine Einwendungen entgegenhalten, die sich aus seinem Verhältnis zum Urschuldner ergeben.

Bei der kumulativen Schuldübernahme ist die Lage ebenso, wenn sie durch einen Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger entstanden ist. In diesem Fall gehen den Gläubiger die zwischen dem Übernehmer und dem Urschuldner bestehenden Beziehungen gar nichts an; wollte der Übernehmer dem klagenden Gläubiger gegenüber irgendwelche Einwendungen aus einem vielleicht zwischen ihm und dem Urschuldner bestehenden Auftragsverhältnis oder aus sonstigen Rechtsbeziehungen herleiten, so würde er damit nicht durchdringen können, da eine derartige Einrede aus dem Rechte gegen einen Dritten als unzulässig zu bezeichnen ist.

Anders müssen wir den Fall betrachten, wenn der Übernehmer durch Vertrag mit dem Urschuldner sich verpflichtet hat, die Schuld zu übernehmen. Es kommt hier hauptsächlich die Einrede des nichterfüllten Vertrags in Betracht. Kann nun der Übernehmer dem ihn belangenden Gläubiger gegenüber sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB. berufen, das ihm seinen Gegen-

kontrahenten dem Urschuldner gegenüber zusteht? Das Reichsgericht[1]) sagt: „Bei einer kumulativen Schuldübernahme, welche erfolgt aus Anlass eines zwischen dem Schuldner und dem Übernehmer geschlossenen gegenseitigen Vertrages mit dem Charakter des vom Übernehmer zu leistenden Äquivalents wird man nicht davon ausgehen dürfen, dass der Übernehmer sich dem Gläubiger gegenüber unbedingt (abstrakt) zur Zahlung der Forderung desselben verpflichten wolle, dass also dem Schuldübernehmer als solchem die Geltendmachung einer Einrede der bezeichneten Art (d. i. des nichterfüllten Vertrags) gegenüber dem Gläubiger versagt sein sollte, wie wohl nicht zu erkennen ist, dass Umstände besonderer Art den Ausschluss solcher Einreden gegenüber dem Gläubiger rechtfertigen können".

Das Reichsgericht spricht bereits hier wie in so vielen späteren Entscheidungen über die kumulative Schuldübernahme von „besonderen Umständen", ohne diese irgendwie näher zu erläutern. Diese besonderen, die Geltendmachung der Einrede ausschliessenden Umstände sind eben dann gegeben, wenn aus dem zwischen Übernehmer und Urschuldner geschlossenen Vertrag deutlich hervorgeht, dass der Übernehmer auf seine ihm etwa gegen den Urschuldner zustehenden Rechte Verzicht geleistet hat. Ob dies ausdrücklich oder stillschweigend geschehen ist, bleibt natürlich belanglos. Eck[2]) will der Ansicht des Reichsgerichts bei einer unmittelbar zu Gunsten des Gläubigers wirksamen Schuldübernahme nicht beitreten, da die Zuwendung denn doch wieder von dem Verhalten des ursprünglichen Schuldners abhängig sein würde. Diese Begründung kann nicht gebilligt werden, denn der Wille des Übernehmers, dem Gläubiger unmittelbar durch den Vertrag Rechte zuzuwenden, ist damit wohl vereinbar, dass diese Rechte nach dem Inhalt des Vertrags von einer Gegenleistung des anderen Kontrahenten abhängen sollen. Es kann also den Worten Eck's nicht beigestimmt werden, wenn er sagt: „Wenn der Übernehmer ausdrücklich erklärt hat,

[1]) R. G. E. Bd. 33, S. 192.

[2]) s. Iherings Jahrb. Bd. 35, S. 298 ff.

die Schuld „als eine von ihm selbst kontrahierte“ zu übernehmen, so hat er damit doch wohl deutlich genug ausgesprochen, dass seine Schuld gegenüber dem Gläubiger von seinen vertragsmässigen Beziehungen zu dem Promissar losgelöst sein sollte.“ Diese Ansicht wird auch von Kipp[1]) nicht geteilt, der sich folgendermassen äussert: „Bei der kumulativen Schuldübernahme im Rahmen eines gegenseitigen Vertrags zwischen Schuldner und Übernehmer hat der Übernehmer gegen die sonst begründete Klage des Gläubigers die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn die Gegenleistung des alten Schuldners an den Übernehmer fehlt, es wäre denn, dass das Gegenteil als Vertragsabsicht festgestellt werden könne. . . . Es ist als mutmassliche Vertragsabsicht anzusehen, dass der Übernehmer wie er zu sonstigen Leistungen aus gegenseitigem Vertrag sich nur gegen die Gegenleistung verpflichten will, so auch die Abtragung der Schuld des Mitkontrahenten und die Mithaftung für dieselbe dem Gläubiger gegenüber nur gegen diese Gegenleistung übernimmt.“

Diese Auffassung deckt sich auch vollständig mit der Annahme, dass eine zwischen Übernehmer und Urschuldner abgeschlossene kumulative Schuldübernahme einen Vertrag zu Gunsten Dritter gemäss § 328 ff. BGB. darstellt, und wie sich aus § 334 BGB. ergibt, stehen dem Versprechenden also dem Übernehmer auch dem Dritten gegenüber (das ist dem Gläubiger) die Einwendungen zu, die sich aus seinem Vertrag mit dem ersten Schuldner herleiten.

Diesen Ausführungen gegenüber behauptet Hellwig[2]) unter Heranziehung des § 417 BGB: Die Wirkung der geschehenen Übernahme ist die Haftung des Übernehmers aus der übernommenen Schuld und zwar so, dass der Übernehmer hier (d. i. bei der kumulativen Schuldübernahme) so wenig wie bei der privativen Schuldübernahme aus dem sie veranlassenden Rechtsgrunde eine Einwendung machen kann, soweit nicht ein besonderer Vorbehalt geschah.

[1]) s. Iherings Jahrb. Bd. 36, S. 360 ff.
[2]) s. Verträge S. 178.

Die Analogie des § 417 BGB. in dieser Hinsicht wird aber hinfällig, wenn wir einen Vertrag zu Gunsten Dritter annehmen, denn durch diesen erhält ja der Gläubiger neben dem Urschuldner noch einen zweiten, sodass er sich an denjenigen halten kann, der ihm am zahlungsfähigsten erscheint und von dessen Seite er keine Einrede zu gewärtigen hat. Bei der privativen Schuldübernahme soll aber verhindert werden, dass der Gläubiger anstatt eines vielleicht unter allen Umständen zahlungswilligen Urschuldners plötzlich einen neuen Schuldner erhält, der nur unter gewissen, zwischen ihm und dem Urschuldner (vielleicht dem Gläubiger gar nicht bekannten) bestehenden Kautelen haften will.

Auch Brattig[1]) betont, dass sich aus der kumulativen Schuldübernahme als eines Vertrags zu Gunsten Dritter, die Konsequenz ergebe, dass zufolge des § 334 BGB. der Übernehmer alle aus seinem mit dem Schuldner geschlossenen Vertrag gegenüber diesem entspringenden Einwendungen, auch dem Gläubiger entgegensetzen kann; er bekämpft ferner mit Recht die Anschauung von Herz[2]), der dem Übernehmer nicht gestattet, die aus dem der Schuldübernahme zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Gläubiger gegenüber geltend zu machen. Herz weist darauf hin, dass aus dem Wesen des Gesamtschuldverhältnisses folge, dass alle unter den Schuldnern getroffenen Vereinbarungen dem Gläubiger gegenüber nicht geltend gemacht werden können. Die Heranziehung des § 425 beruht auf einer Verkennung des Inhalts dieser Bestimmung. Das Gesetz spricht hier nur von solchen Einwendungen, die sich erst im Laufe des zwischen den einzelnen Schuldnern und ihren Gläubigern bestehenden Obligationsnexus unter ihnen herausgebildet haben; von Einwendungen, die sich aus den zwischen dem Erstschuldner und dem Zweitschuldner ursprünglich bestehenden Rechtsverhältnis herleiten, ist im § 425 keine Rede.

---

[1]) s. S. 10 ff.
[2]) s. S. 31 ff.

Wir müssen daher an der Anwendung des § 334 BGB. festhalten und dem Übernehmer beim Vorliegen eines zwischen ihm und dem Urschuldner geschlossenen Vertrags die aus diesem Vertrage selbst sich ergebenden Einwendungen dem Gläubiger gegenüber zubilligen.

§ 7.

Die Einreden aus der Person des Erstschuldners im allgemeinen.

Das BGB. bestimmt im § 768, dass der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen kann. Wollen wir zunächst versuchen, die Grundlage für eine derartige Bestimmung zu finden. Vor allem glaube ich, dass wir der Theorie der Romanisten nicht folgen können, die den Übergang der Einreden des Hauptschuldners auf den Bürgen vom Willen des Bürgen abhängig machen. Allerdings ist auch im modernen Recht anzunehmen, dass der Bürge bei der Übernahme der Bürgschaft die Hauptschuld nicht nur mit ihren Nachteilen auf sich nehmen (d. h. für sie einstehen) will, sondern, dass er auch alle rechtlichen und tatsächlichen Vorteile sich zu eigen machen will, die zur Zeit des Abschlusses des Bürgschaftsvertrags dem Hauptschuldner zustehen. Aber der Schwerpunkt dieser eigenartigen Erscheinung (der Geltendmachung von Rechten, die in der Person eines anderen entstanden sind) beruht doch nicht auf dem Willen des Bürgen, sondern auf dem giltigen Bestand der Hauptschuld, die mit der hinzutretenden abgeleiteten und deshalb teilweise oder fast völlig unselbständigen Nebenschuld gleichsam ein aus zwei Teilen bestehendes Ganze bildet, für welches einheitliche Gesichtspunkte (mit Ausnahmen allerdings) massgebend sind, wobei Rechte und Pflichten des einen Teils sich in der Regel auch auf den anderen Teil erstrecken.

Eine Einrede aus dem Recht eines Dritten — und um eine solche handelt es sich beim Überwirken der dem Erstschuldner gegen den Gläubiger erwachsenden Einreden — kann es nur geben, wenn die beiden Schuldverhältnisse auf ein und demselben Erfolg für das Vermögen des Gläubigers abzielen[1]). Es genügt aber nicht

[1]) s. Stammler, Einrede aus dem Recht eines Dritten S. 103.

allein, dass die zwei Verpflichteten auf den gleichen Erfolg dem Berechtigten gegenüberstehen, es muss in diesem Zusammenhang die eine Verbindlichkeit als eine angehängte Nebenpflicht erscheinen. Das Merkmal nun, an dem eine derartige Nebenpflicht erkannt wird, ist: dass innerhalb des gegebenen Zusammenhangs in der besonderen Verbindung von Ansprüchen und Verpflichtungen, die eine Hauptpflicht wohl gedacht werden kann ohne die andere, begleitende des jetzigen Beklagten, nicht aber umgekehrt.[1]) Diese Worte Stammlers deuten darauf hin, dass für die Zulässigkeit des Einredenübergangs eine gewisse Akzessorietät der zweiten Verbindlichkeit von der ersten nötig ist. Je stärker also der Grad der Akzessorietät ist, desto weitgehender müssen wir in der Bewilligung der Einreden des Erstschuldners für den Zweitschuldner sein, mit anderen Worten: Ist die Akzessorietät eine allgemeine dauernde, so wird auch der Einredenübergang ein dauernder sein, ist aber die Akzessorietät nur eine kurze, vielleicht nur in einem gewissen Zeitpunkt gegeben, so werden wir die nach diesem Zeitpunkt dem Erstschuldner erwachsenen Einreden dem Zweitschuldner nicht zubilligen können.

Auf unseren konkreten Fall angewendet, will das heissen: Der Bürge, dessen Verpflichtung nicht nur in ihrem Entstehen, sondern auch in ihrem Fortbestand dauernd von der Urschuld abhängig ist, wird nicht nur die Einwendungen geltend machen dürfen, die dem Hauptschuldner bis zum Abschluss des Bürgschaftsvertrags erwachsen sind, sondern auch diejenigen Einreden, die später entstanden sind. Der kumulative Schuldübernehmer, dessen Schuld im Augenblick ihrer Entstehung von dem gültigen Vorhandensein einer Urschuld abhängt, im übrigen aber kraft ihrer Eigenschaft als übernommene eigene Schuld eine gewisse Selbständigkeit hat, kann nur die Einwendungen geltend machen, die dem Urschuldner bis zum Augenblick der Schuldübernahme zustanden, während er sich auf irgend welche, dem Urschuldner späterhin erwachsene Rechte nicht mehr berufen kann.

[1]) ebenda S. 130.

Für die Bürgschaft nun gibt uns, wie oben bereits erwähnt, § 768 BGB. die Grundlage für den vollständigen Einredenübergang. Gesetzlich sind jedoch zwei Ausnahmen von dieser Überwirkung der Einredung festgelegt: Es kann sich der Bürge nach § 768 Abs. I S. 2, wenn der Hauptschuldner stirbt, nicht darauf berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeit beschränkt haftet; ferner bestimmt § 193 K. O., dass die Rechte der Gläubiger gegen den Bürgen des Gemeinschuldners durch den Zwangsvergleich nicht berührt werden.

Kann man nun hieraus sehen, dass das Akzessorietätsprinzip bei der Bürgschaft nicht so streng durchgeführt ist, das es zu einer unbilligen Benachteiligung des Gläubigers führen könnte, so tritt uns bei der Betrachtung des § 768 Abs. 2 BGB. eine ähnliche Erscheinung entgegen; nur gilt es hier, Härten, die sich aus einer allzu strengen Festhaltung am Akessorietätsgedanken für den Bürgen ergeben könnten, zu vermeiden. Der Bürge verliert nämlich eine Einrede nicht dadurch, dass der Hauptschuldner auf sie verzichtet. Es entspricht diese Bestimmung übrigens dem in § 767 BGB. durchgeführten Grundsatz, dass durch rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Hauptschuld durch den Urschuldner der Bürge nicht belastet wird.

Andererseits kann man nicht von einer Bürgschaft sprechen, wenn der neben dem Hauptschuldner sich Verpflichtende auf die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden verzichtet. Ein solches Schuldverhältnis könne man vielleicht als Schuldversprechen nach § 780 BGB. ansehen.

Bei der kumulativen Schuldübernahme müssen wir uns für den Einredenübergang auf § 417 Abs. I BGB. stützen, wonach der Übernehmer dem Gläubiger die Einwendungen entgegen setzen kann, welche sich aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben. Diese Bestimmung ist aber, wie bereits oben angedeutet, für den kumulativen Schuldübernehmer nur bis zum Augenblick der Übernahme selbst massgebend. Das heisst er kann nur die Einwendungen geltend machen, die bis zur Zeit des Beitretens des neuen

Schuldners begründet waren. Was sich nach dem Beitritt zwischen dem Urschuldner und dem Gläubiger abspielt, ist für den Übernehmer gleichgültig. Mit dem Augenblick der Mitübernahme tritt der Übernehmer zum Urschuldner in ein — allerdings in gewisser Beziehung abhängiges, abgeleitetes — Gesamtschuldverhältnis, dessen Vorschriften nunmehr auch für ihn massgebend sind.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, sämtliche denkbaren Einreden zu behandeln, es sollen im folgenden nur einige besonders interessante Fälle besprochen werden.

§ 8.

Verjährung.

Wir haben oben gesehen, dass eine Verbürgung für eine verjährte Schuld sehr wohl denkbar ist, da ja die Verjährung gemäss § 222 BGB. nur eine Einrede begründet, eine solche aber an der Gültigkeit der Hauptschuld nichts ändert. Tritt nun die Verjährung der Hauptschuld nach der Bürgschaftsübernahme ein, so unterliegt es keinem Zweifel, dass der Bürge sich auf Grund des allgemeinen Einredenübergangs auch auf das dem Hauptschuldner nunmehr zustehende Leistungsverweigerungsrecht berufen kann.

Ist jedoch die Verjährung bereits vollendet beim Abschluss des Bürgschaftsvertrags, so kann man die Frage, ob der Bürge sich auf die dem Hauptschuldner gegenüber eingetretene Verjährung stützen kann, nicht unbedingt bejahen. Nach § 222 Abs. 2 BGB. sind nämlich vertragsmässige Anerkenntnisse sowie Sicherheitsleistungen des Verpflichteten gültig. Eine Sicherheitsleistung stellt zweifellos auch die Bürgschaft dar; eine analoge Anwendung des § 222 Abs. 2 S. 2 BGB. verbietet es, dem Bürgen, der sich für eine bereits verjährte Schuld einzustehen verpflichtet hat, die Einrede zuzubilligen.[1])

Eine Unterbrechung der Verjährung gegen den Hauptschuldner wirkt nicht gegen den Bürgen, wie dies auch die herrschende Literatur mit Recht annimmt. Die gegenteilige Ansicht wird von Dernburg[2]) als aus der Natur der Sache entspringend erklärt. Es scheint, Dernburg gründet hier die Überwirkung des für den Bürgen nachteiligen Umstandes der Unterbrechung der Verjährung auf das Akzessorietätsprinzip, wonach die Bürgschaft alle Schicksale der Hauptschuld teilt. Das ist aber meines

[1]) s. Suppes S. 18.

[2]) I. S. 528. Die Ansicht Dernburgs ist meines Wissens nur noch von Rehbein (S. 318) vertreten.

Erachtens zu weit gehend. Im allgemeinen steht dieser Auffassung der Hinweis auf § 425 Abs. 2 entgegen, wonach die Klage gegen einen von mehreren Gesamtschuldnern die Verjährung des Anspruchs gegen die übrigen Gesamtschuldner auch nicht zu unterbrechen vermag.[1]) Wenn nun auch die Beziehungen bei der Bürgschaft durchaus keine reinen gesamtschuldnerischen sind, so steht doch einer analogen Anwendung des § 425 Abs. 2 BGB. nichts im Wege. Aus prozessualen und formellen Gründen müssen wir auch sagen, dass die Klage gegen eine Person nicht geeignet sein kann, den Anspruch gegen eine andere der richterlichen Entscheidung zu unterstellen; dies würde aber der Fall sein, wenn die Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner imstande wäre, ihre unterbrechende Wirkung auch auf die Bürgschaftsschuld zu erstrecken.

Vollends abwegig scheint mir die Ansicht zu sein, die dem Bürgen die Verjährungseinrede dann versagt,[2]) wenn der Gläubiger allein den Bürgen verklagt, nicht aber den Hauptschuldner und sich während dieses Prozesses, die zu Gunsten des Hauptschuldners laufende Verjährung vollendet. Denn auch eine Unterbrechung gegen den Bürgen selbst ist nicht geeignet, diesem die Verjährungseinrede aus dem Rechte des Hauptschuldners abzuschneiden, wenn sich bei diesem die Verjährung vollendet hat. Das ergibt sich zweifellos aus § 768 BGB. und ich vermag für die gegenteilige Auffassung keine „Zweckmässigkeitsgründe“ zu erblicken. Der Gläubiger muss eben vorsichtig sein und die Klage nicht erst im letzten Augenblick vor der Vollendung der Verjährung stellen. Die eingetretene Verjährung der Hauptschuld schützt also unter allen Umständen den Bürgen, gleichgültig, ob gegen ihn die Verjährung unterbrochen wurde oder nicht.[3])

Nach § 202 BGB ist die Verjährung gehemmt, so lange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leis-

[1]) s. Seufferts Archiv Bd. 62 S. 139.

[2]) s. Suppes S. 18.

[3]) So Oertmann S. 943; Rauchenberger S. 49, Stammler S. 123.

tung berechtigt ist. Diese Hemmung wirkt nur unter den Personen, zwischen denen sie eingetreten ist. Ist dies zwischen Gläubiger und Bürgen der Fall, so wird natürlich die Verjährung der Bürgschaftsschuld, die ja gegenüber der Hauptschuld ihre eigene – dreissigjährige Verjährung – hat, hinausgeschoben, da der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet wird.[1]) Ist die Hemmung der Verjährung gegenüber dem Hauptschuldner eingetreten, so übt dieser Umstand auf die Verpflichtung des Bürgen insofern einen Einfluss aus, als die dem Bürgen nach § 768 Abs. 1 BGB. zustande kommende Vollendung der Verjährung der Hauptschuld verzögert wird. Der Lauf der Verjährung des Anspruches des Gläubigers gegen den Bürgen wird durch eine solche Hemmung nicht berührt, was sich daraus ergibt, dass die Bürgschaftsschuld unabhängig von der Hauptschuld ihrer eigenen Verjährung unterliegen kann.

Dass sich auch der selbstschuldnerische Bürge auf die Verjährung der Hauptschuld berufen kann, ist ohne weiteres klar,[2]) da dieser sich vom gewöhnlichen Bürgen lediglich durch den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage unterscheidet, im übrigen aber völlig gleichsteht.

Wie bei der Bürgschaft, so sehe ich auch bei der kumulativen Schuldübernahme kein Hindernis für die Übernahme einer bereits verjährten Schuld. Aber im Gegensatz zur Bürgschaft möchte ich hier annehmen, dass der Übernehmer die Einrede der Verjährung geltend machen kann, sofern die Verjährung der Urschuld bereits vollendet war, beim Abschluss des Übernahmevertrags. Dies ergibt sich daraus, dass der Übernehmer die Urschuld mit allen ihr anhaftenden Einreden übernimmt, die infolge der im Moment der Enstehung akzessorischen Natur der Schuldübernahme auch dem Übernehmer zu gute kommen. Eine analoge Anwendung des § 222 Abs. 2 S. 2 BGB. ist hier ausgeschlossen; die kumulative Schuldübernahme kann man nicht als Sicherheitsleistung im Sinne dieser Bestim-

[1]) s. § 205 BGB.
[2]) s. R. G. E. Bd. 34 S. 153.

mung auffassen, aber auch von einem vertragsmässigen Anerkenntnis kann keine Rede sein, denn nach der weitaus herrschenden Ansicht meint § 222 Abs. 2 S. 2 BGB. nur ein gemäss § 781 BGB. abgeschlossenes schriftliches Anerkenntnis[1]) und von einem solchen kann bei der Übernahme, die ganz formlos sein kann, kein Rede sein.

Anders verhält es sich mit der Verjährung der Urschuld, wenn diese nach dem Abschluss des Übernahmevertrags eintritt. In diesem Fall kann sich der Übernehmer nicht auf die dem Urschuldner zustehende Verjährungseinrede berufen. Vom Augenblick der Übernahme an ist die nunmehr als eigene übernommene Schuld losgelöst von der Urschuld.

Auf die ihm selbst gegenüber eingetretene Vollendung der Verjährung kann der Übernehmer sich natürlich berufen. In der Regel wird die Verjährung gegen ihn sich später vollenden, als gegen den Urschuldner,[2]) denn nach § 198 BGB. beginnt der Lauf der Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs, der ja gegen den Übernehmer erst mit der Übernahme selbst ins Leben tritt. Von da ab läuft aber auch die gleiche Verjährung wie für den Urschuldner; denn durch die als eigene übernommene Schuld wird auch deren durch das Gesetz bestimmte Verjährungsfrist übernommen; ist diese eine dreissigjährige (§ 195 BGB.) oder auch eine kürzere, stets wird die Übernahmeschuld dieselbe Verjährung haben. Diese beginnt gemäss § 201 BGB. mit dem Schlusse des Jahres, in dem die Übernahme erfolgt.

Dass eine Unterbrechung und Hemmung der Verjährung in der Richtung gegen den Urschuldner ganz belanglos für den Übernehmer ist, bedarf keiner Erörterung. Dies folgt unmittelbar aus § 425 BGB.

[1]) Anderer Ansicht Staudinger ad. § 222 BGB.

[2]) s. Martinius in Gruchot Bd. 49, S. 185.

§ 9.

Das beneficium competentiae.

Die im gemeinen Recht sich findende Unterscheidung von exceptiones rei cohaerentes und exceptiones personae cohaerentes ist in das Bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen. Wenn Hellmann[1]) behauptet, dass die gemeinrechtliche Unterscheidung dieser beiden Arten von Einreden, aus dem BGB. nicht zu eliminieren sei, so beruht dies m. E. auf einem Irrtum, wie sich ohne weiteres durch einen Blick auf die Entstehungsgeschichte des BGB. ergibt. Im ersten Entwurf fand sich im § 316 eine Bestimmung[2]), wonach der Schuldübernehmer dem Gläubiger Einreden nicht entgegensetzen kann, welche eine ausschliessliche Beziehung auf die Person des Schuldners haben. Diese Sorte von Einreden bezeichnet man schlechthin als höchst persönliche Einreden. Der § 316 des Entwurfs ist nicht in das BGB. übergegangen und mit Recht, betont deshalb die herrschende Meinung, dass das BGB. jedenfalls keine sogenannten höchstpersönlichen Einreden kennt.[3]) Es kann trotzdem natürlich der Wissenschaft nicht verwehrt sein, gewissen Einreden den Charakter von exceptiones personae cohaerentes beizulegen.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Auffassung ergibt sich ferner, wenn wir die Motive[4]) betrachten, welche für den Bürgen sich folgendermassen aussprechen: Ausgenommen werden im geltenden Recht diejenigen Einreden, welche dem Hauptschuldner nur für seine Person zustehen. Diese Ausnahme ist von geringem praktischen Wert und

[1]) s. Vorträge über das BGB. 1907 S. 205.

[2]) s. Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB. II. XXV, siehe auch Protokolle I S. 387, wonach dem Entwurf höchst persönliche Einreden nicht bekannt seien.

[3]) Anderer Ansicht Reichel S. 391.

[4]) II S. 662.

da sie mit der Regel und der dieser zu Grunde liegenden Auffassung sich schwer verträgt, nicht zu rechtfertigen.

Man wollte also beim Bürgen, wie sich aus § 768 BGB. entnehmen lässt, keine Ausnahme bezüglich der sogenannten höchst persönlichen Einreden machen, weil eben das BGB. keine solchen kennt. Der nach dem Protokoll[1]) von der Kommission abgelehnte Antrag hatte folgende Bestimmung zum Inhalt: „Ausgeschlossen ist die Geltendmachung von Mängeln, welche aus der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners sich ergeben, insbesondere der dem Erben des Hauptschuldners auf Grund des Inventarrechts zustehenden Einreden". Man war der Ansicht, dass meist nur die Heranziehung des beneficium competentiae in Frage käme und bei diesen die Entscheidung sachlich nicht unzweifelhaft sein würde.

In der Tat stellt sich das beneficium competentiae, d. i. die Einrede der Bedürftigkeit, die der Schenker auf Grund des § 519 BGB. gegenüber dem Versprechen des Empfängers hat, als eine aus der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners fliessende Einrede dar, die als Schulbeispiel einer exceptio personae cohaerens betrachtet wird. Dass das BGB. solche Einreden nicht kennt, haben wir aus der Streichung des § 316 des ersten Entwurfs gesehen.

Wer aber, wie Reichel, dies nicht als Argument für die hier vertretene Auffassung ansehen will, und die Rechtswohltat des Notbedarfs als höchst persönliche Einrede betrachtet, muss sie trotzdem dem Bürgen mit Rücksicht auf § 768 BGB. zubilligen, da dieser keine allgemeine Ausnahme bezüglich höchst persönlicher Einreden machen will.

Dies geht schon aus den Motiven hervor; aus den Protokollen ist ferner ersichtlich, dass eine generelle Bestimmung über die Versagung der Einreden, welche in der Vermögensunzulänglichkeit des Hauptschuldners ihren Ursprung haben, nicht aufgenommen werden wollte. Das Gesetz macht allerdings in dieser Beziehung zwei Ausnahmen.

[1]) II S. 466.

Einmal ist es nach § 768 S. 2 BGB. dem Bürgen verboten sich darauf zu berufen, dass der Erbe für die Verbindlichkeit beschränkt haftet; und ferner kann sich der Bürge gemäss § 193 K. O. nicht auf einen im Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners abgeschlossenen Zwangsvergleich stützen. Der Umstand, dass diese Bestimmungen ihre Grundlage darin haben, dass der Gläubiger gegen die vom Bürgen geltend gemachten Einreden geschützt sein soll, die in der Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners ihren Ursprung haben, kann nicht bestimmend dafür sein, dieses Prinzip zu verallgemeinern. Dies wurde ja ausdrücklich bei der Beratung des Gesetzes abgelehnt. Die vom Gesetz gemachten Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatz des Einredenübergangs in § 768 BGB. dürfen nicht dazu führen, dass vielleicht ähnlich gelagerte Fälle auf dem Wege der Analogie gleiche Behandlung erfahren.

Aus diesen Erwägungen kann ich mich nicht der vielfach in der Literatur [1]) vertretenen Ansicht anschliessen, die dem Bürgen die Einrede des Notbedarfs aus dem Rechte des Hauptschuldners versagt, sondern halte die Anschauung für richtig, die dem Bürgen die Berufung auf das dem Hauptschuldner zustehende beneficium competentiae gestattet.[2]) Gleichgültig ist es natürlich, in welchem Zeitpunkt der Notbedarf bei dem Schenkungsversprecher eingetreten ist, da ja dem Bürgen alle Einreden zu statten kommen, gleichviel ob sie vor oder nach der Übernahme der Bürgschaftsverpflichtung entstanden sind. Trotzdem ich zugeben muss, dass die dargelegte Ansicht nicht selten zu einem unbefriedigenden Ergebnis führen kann (man vergegenwärtige sich nur, dass die Bürgschaft in diesem Fall dem Gläubiger eigentlich nichts nützt), wäre es in gewissen Fällen doch unbillig, dem Bürgen die Einrede des Gläubigers nach § 519 BGB. abzuschneiden; kann es doch vorkommen, dass sich der Bürge nur deshalb ver-

[1]) So Oertmann S. 515, Dernburg II S. 349, Siber, Rechtszwang S. 235.

[2]) So Staudinger II S. 1250, Planck II S. 830, Stammler, Einrede S. 122.

pflichtet hat, für den Hauptschuldner einzustehen, weil er von diesem späterhin eine gewisse Gegenleistung erwartete, auf die er vielleicht nicht mehr rechnen kann, wenn der Hauptschuldner in seinen Vermögensverhältnissen soweit zurückgekommen ist, dass er kaum seinen eigenen Unterhalt bestreiten kann.

Ich vermag auch dem von anderer Seite eingeschlagenen Weg nicht zu folgen, der angeblich zu einer glücklichen Lösung führen soll. So will Radicke[1]) dem Bürgen die Einrede des Notbedarfs, die der Hauptschuldner hat, mit Hilfe des § 242 BGB. abschneiden, der den Schuldner verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Nun ist wohl zuzugeben, dass diese im Gesetz statuierte clausula generalis in vielen Fällen zu einem den allgemeinen Anschauungen billigen Ergebnis führen kann; aber immerhin ist sie doch nur anzuwenden, wo für das betreffende Rechtsgeschäft das Gesetz keine Norm an die Hand gibt. Wo aber das Gesetz, wie im gegebenen Fall, nicht versagt — in unserm Fall liegt eben ein auf Grund der für die Bürgschaft massgebenden Bestimmungen des Gesetzes abgeschlossener Vertrag vor —, da darf auch § 242 BGB. nicht als Heilmittel für alles zur Anwendung kommen. Die dem Richter anvertraute Entscheidung darf nur innerhalb der durch das Gesetz oder die Vertragsabredung gezogenen Grenzen nur ergänzend nicht abändernd erfolgen[2]). Die Anwendung des § 242 BGB. darf nicht dazu führen, das Ermessen des Richters so auszudehnen, dass er imstande ist, einfach dem Gesetz eine Interpretation zu geben, die schlechterdings mit dem Wortlaut nicht vereinbar ist.

Keinem Zweifel dürfte unterliegen, dass dem Bürgen die Einrede des Notbedarfs nicht zusteht, wenn er sie aus seiner eigenen mangelhaften Vermögenslage herleiten wollte. Nach § 519 BGB. ist nur der Schenker berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen

[1]) s. Archiv f. bürgerliches Recht, Bd. 32 S. 398, ähnlich Reichel S. 392.
[2]) s. Schneider, Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 236.

Verpflichtungen ausser Stande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne dass sein standesmässiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird. Schenker im Sinn dieser Betimmung ist aber der Bürge nicht; die Bürgschaft begründet eine Einständerschaft für die Schenkungspflicht, deren Schicksal sie teilt, ohne selbst Schenkungspflicht zu werden.

Gerade umgekehrt wie hier müssen wir für die kumulative Schuldübernahme entscheiden. Der Übernehmer nimmt die Schuld als eigene auf sich, die bereits bestehende Schuld geht auf ihn mit ihren sämtlichen Modalitäten über. Gleichen Grund und Inhalt wie die Urschuld hat auch seine Schuld; hat er eine Schenkungsschuld übernommen und ist er selbst in Not gekommen, so kann er sich auf § 519 BGB. berufen, denn er schuldet in gleicher Weise wie der Schenker.

Schwieriger ist die Frage zu entscheiden, ob der Übernehmer sich auch darauf berufen darf, dass der Urschuldner sich auf die Einrede des Notbedarfs stützen kann. Hierzu äussert sich Radicke[1]) bezüglich der privativen Schuldübernahme folgendermassen: Ist der bisherige Schuldner erst nach dem Abschluss des Übernahmevertrags bedürftig geworden, so wird hierdurch die Verbindlichkeit des Schuldübernehmers in keiner Weise berührt; was späterhin in der Person des bisherigen Schuldners eintritt, ist für das Verhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger ganz und gar einflusslos. Der Schuldübernehmer dringt dagegen mit seiner Einrede durch, wenn er behauptet, dass der bisherige Schuldner zur Zeit des Abschlusses des Übernahmevertrags im Sinn des § 519 BGB. bedürftig gewesen sei, denn der Schuldübernehmer übernimmt die Schuld, wie sie zur Zeit des Abschlusses des Übernahmevertrages war.

Die Ansicht Radickes bezüglich einer nach Abschluss des Übernahmevertrags auf Seiten des Urschuldners eingetretenen Vermögenslosigkeit wird auch von Reichel[2]) geteilt. Dieser verurteilt aber energisch die Anschauung,

[1]) Archiv f. bürgerl. Recht Bd. 32 S. 398 ff.
[2]) S. 391.

dass der Übernehmer sich dann auf die Rechtswohltat des Notbedarfs solle berufen dürfen, wenn der Urschuldner bereits vor dem Übernahmegeschäft die Einrede hatte. Mit der Begründung: das beneficium competentiae dem Mitschuldner zugute kommen lassen, der ja selbst nicht in der Haut des Einredeberechtigten steckt, an seinen Verhältnissen keinen Anteil hat, hiesse ihn ohne rechtfertigenden Grund aus fremdem Schicksal Vorteile ziehen lassen.

Dieser Auffassung kann ich mich nicht anschliessen. Einmal haben wir gesehen, dass das BGB. keine höchst persönlichen Einreden in dem Sinne kennt, dass sie auf eine gewisse Person beschränkt sein sollen[1]), ferner haben wir festgestellt, dass der Übernehmer die Schuld so übernimmt, wie sie der Urschuldner hatte; dieser hatte sie mit der Einrede des Notbedarfs behaftet, ergo auch der Übernehmer. Dieser kann sich also auf das dem Urschuldner gemäss § 519 BGB. zustehende Recht berufen, soweit es vor dem Abschluss des Übernahmevertrags entstanden ist; von diesem Augenblick an hat die Übernahmeschuld ihre Selbständigkeit erlangt. Das Schicksal der Urschuld teilt sie nun nicht mehr, deshalb kann sich der Übernehmer auf die später erst beim Urschuldner begründete Einrede nicht berufen[2]).

[1]) s. Stammler, Einrede S. 112.

[2]) s. Staudinger II S. 380.

§ 10.

Wandlung und Minderung.

Nach § 462 BGB. ist der Käufer in gewissen Fällen berechtigt, vom Verkäufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung), oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung) zu verlangen. Der Bürge kann keines dieser beiden Rechte ausüben; denn zu einer selbständigen Verfügung über die Schuld ist er nicht berechtigt;[1]) dies wäre ein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre, die dem Bürgen nicht zusteht.

Wie verhält es sich aber, wenn die Wandlung oder Minderung zwar vom Urschuldner geltend gemacht wurde, aber die Berechtigung zur Vollziehung des Anspruchs noch nicht einwandfrei feststeht.

Das Reichsgericht[2]) versagt dem Bürgen nur die Wandlungseinrede: Voraussetzung für die Geltendmachung ist im Einzelfalle, dass der rechtliche Inhalt der betreffenden Einrede gestattet, dass dieselbe nicht dem Hauptschuldner ausschliesslich zusteht, daher nicht nur von ihm allein vorgebracht werden kann; diese Voraussetzung trifft bei dem Wandlungsanspruch nicht zu. Da nun der Bürge nach den Motiven[3]) nicht befugt ist, Willensakte an Stelle des Schuldners vorzunehmen, und solche Verfügungen über den Inhalt der Schuld zu treffen, die von einer einseitigen Erklärung des Schuldners abhängen, wie Wandlung und Minderung, so ist im Zusammenhalt mit § 770 Abs. 1 BGB. zu schliessen, dass das Gesetz dem Bürgen ebenso wie die Anfechtungseinrede, auch die ihr nahestehende Wandlungseinrede nicht als eine, den Anspruch des Verkäufers dauernd ausschliessende, sondern nur als eine aufschiebende Einrede höchstens so lange gewähren will, als sie noch dem Hauptschuldner zusteht.

---

[1]) s. Oertmann S. 945.

[2]) R. G. E. Bd. 66 S. 332.

[3]) s. II S. 663.

Das Reichsgericht wendet also § 770 Abs. 1 BGB. auf die Wandlungseinrede entsprechend an, da auch diese die Aufhebung des Vertrags bezwecke und über eine solche nur der Hauptschuldner, der Käufer allein, befinden kann. Es wird sodann weiter ausgeführt: „Anders verhält es sich mit der Minderungseinrede. Zwar wollten die Motive auch diese Einrede dem Bürgen verweigern, aber nirgends, auch nicht stillschweigend und mittelbar, wie bei der Wandlungseinrede hat dies im Gesetz selbst Ausdruck gefunden. Der Grundsatz des § 768 BGB. und 425 BGB. (der mehrere Gesamtschuldner in der Regel gesondert behandelt) namentlich aber des § 474 BGB., wonach bei Beteiligung mehrerer jeder die Minderung verlangen kann, steht dem geradezu entgegen."

Die Ansicht des Reichsgerichts wird in der Literatur vielfach geteilt. So billigt Oertmann[1]) dem Bürgen die Minderungseinrede zu, denn sie stelle gegenüber der Wandlungseinrede ein minus dar; der Bürge könne sie daher mindestens unvorgreiflich der Entscheidung des Hauptschuldners zwischen den beiden aedilizischen Rechtsmitteln zur entsprechenden Herabminderung seiner Leistung verwerten. Auch Dernburg[2]) gibt dem Bürgen dann die Einrede, wenn der Hauptschuldner Anspruch auf Preisminderung hat; denn damit greift er nicht in die Rechte des Hauptschuldners ein.

M. E. ist eine Unterscheidung zwischen Wandlungs- und Minderungseinrede nicht am Platze. Wir haben gesehen, dass der Bürge nicht befugt ist, selbständig zu wandeln oder zu mindern; denn es handelt sich hierbei um einen Anspruch des Käufers, nicht um eine übergangsfähige Einrede. Aber auch die aus dem Wandlungs- und Minderungsanspruch entspringende und dem Käufer zustehende Einrede ist nur ein Ausfluss des ursprünglichen Gegenanspruchs und kann als solcher nicht nach § 768 Abs. 1 BGB. auf den Bürgen überwirken.

---

[1]) S. 944.

[2]) II 2 S. 350.

Um aber Unbilligkeiten zu vermeiden wird man § 770 Abs. 1 BGB. analog anwenden dürfen. Wie bei der Anfechtung kommt beim Vollzug von Wandlung oder Minderung immer nur ein Willensakt des Hauptschuldners in Betracht. Ein Eingriff in dessen Rechte wäre es aber, wollte der Bürge den dem Hauptschuldner zustehenden Anspruch nunmehr in Gestalt einer Einrede zur Durchführung bringen. Dass durch die Minderungseinrede, wenn sie vom Bürgen geltend gemacht wird, die Rechtslage des Käufers keine Verschlechterung erfährt, kann nicht entscheidend sein für eine verschiedene Behandlung der sonst auf gleichen Voraussetzungen beruhenden Einreden. Der Bürge hat daher in beiden Fällen nur das Recht die Zahlung des Kaufpreises insoweit zu verweigern, als der Hauptschuldner auf Grund der Wandlung oder Minderung hierzu berechtigt wäre [1]).

Zur gleichen Entscheidung komme ich im Falle des § 478 BGB., der dem Käufer auch dann ein Einrederecht gewährt, wenn der Anspruch auf Wandlung oder Minderung verjährt ist, sofern der Käufer nur dem Verkäufer den Mangel angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesandt hat, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war. Sieht man die aus § 478 entspringende Berechtigung als eine verselbständigte Einrede an, so könnte man mit ihr auch den Bürgen gemäss § 768 BGB. ausrüsten [2]). Erblickt man aber in der Berechtigung des Käufers aus § 478 BGB. nicht eine selbständige Einrede, sondern den seitherigen Gewährleistungsanspruch, der sich wie schon vor, so auch nach der Verjährung gegebenenfalls als Leistungsverweigerungsrecht darstellen kann, so ist eine Überwirkung auf den Bürgen nach § 768 Abs. 1 BGB. nicht möglich. Den Bürgen aber deswegen einer unberechtigten Klage des Gläubigers schutzlos preiszugeben und ihn auf den Bereicherungsanspruch zu verweisen [3]) halte ich nicht für

---

[1]) s. Friedenthal, Juristische Wochenschrift 1908, S. 132.

[2]) So Friedenthal S. 133.

[3]) So Nissen, Juristische Wochenschrift 1902, S. 460 ff.

nötig und möchte ihm auch in diesem Fall das Recht aus § 770 Abs. 1 BGB. zugestehen.

Die Vollziehung der Wandelung oder Minderung muss natürlich auch dem Bürgen zugute kommen, denn das hierdurch herbeigeführte ganze oder teilweise Erlöschen der Kaufpreisforderung gewährt dem Hauptschuldner eine wahre Einrede, die nach § 768 Abs. 1 BGB. dem Bürgen zugute kommen muss[1]).

Welche Wirkung haben nun die Wandlungs- und Minderungsansprüche des Urschuldners auf den kumulativen Schuldübernehmer?

Salinger[2]) billigt ihm beide Ansprüche zu mit der Begründung, dass der kumulative Schuldübernehmer — anders wie bei der Bürgschaft — ebenso Herr des Schuldverhältnisses ist wie der Urschuldner selbst. Es wäre ihm deshalb im Prinzip gestattet, gleich wie dieser die Wandlung zu erklären und zwar sogar gegen den Willen des Urschuldners. Auch Pringsheim[3]) behauptet, die kumulative Schuldübernahme — die eine besondere Art der Gesamtschuld begründe — gebe die wahren Verfügungsrechte über das Schuldverhältnis. Mit Recht verwirft Reichel[4]) diese Ansicht, da ja dem Mitübernehmer in Bezug auf den Gegenanspruch des Käufers keinerlei Verfügungsrechte zustehen; um ein solches würde es sich handeln, wenn der Übernehmer zur Wandlung befugt wäre; es kommt jedoch hier, wie schon oben erwähnt, nicht eine gewöhnliche Einrede in Betracht, die man auf dem Weg der analogen Anwendung des § 417 BGB. auf den Schuldübernehmer übertragen könnte, sondern ein Anspruch der nur von dem hierzu Berechtigten geltend gemacht werden kann. Für die Minderung etwas anderes aus § 474 Abs. 1 BGB. ableiten zu wollen, halte ich für verfehlt; zwar bestimmt dieser Paragraph, dass für den Fall der Beteiligung mehrerer auf der einen oder anderen Seite von

---

[1]) s. Nissen S. 461 f.

[2]) Archiv für bürgerliches Recht Bd. 28, S. 81.

[3]) Gruchot Bd. 53 S. 28.

[4]) S. 424.

jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden kann. Gemäss Abs. 2 wird jedoch mit der Vollziehung der von einem Käufer verlangten Minderung die Wandlung ausgeschlossen; würde also der Schuldübernehmer mindern, so wäre hierdurch dem Urschuldner das Wandlungsrecht entzogen; dies ist natürlich undenkbar.

Auch während des Schwebezustandes zwischen Entstehung des Gewährleistungsanspruches und dessen endgültiger Feststellung möchte ich dem Übernehmer die dem Urschuldner zustehenden Einreden aus dem gleichen Grunde nicht zubilligen. Auch vermag ich mich nicht dafür zu begeistern, ihm ein Leistungsverweigerungsrecht insoweit zu geben, als der Urschuldner auf Grund der Wandlung und Minderung hierzu berechtigt wäre. Reichel[1]) greift nun hier nach § 770 Abs. 1, der nach seiner Ansicht nicht nur für akzessorische, sondern für jede abhängige Schuld gilt und begründet dies damit, dass ja in der hier in Frage kommenden Beziehung auch die Schuld des Mitübernehmers abhängig sei. Richtig ist, dass die kumulative Schuld in gewisser Abhängigkeit zur Urschuld steht, ebenso wie die Bürgschaft; über die Art der Akzessorietät bei beiden Instituten ist oben bereits ausführlich gesprochen. Unrichtig ist aber m. E. die Erstreckung des § 770 auf sämtliche abhängigen Schuldverhältnisse; ich vermag keinen Grund für eine so extensive Interpretation des Gesetzes zu erblicken. § 770 beginnt mit den Worten: „Der Bürge kann“ und ich glaube, man muss ohne den Vorwurf allzu engherziger Gesetzesauslegung auf sich nehmen zu müssen, dem kumulativen Schuldübernehmer die Berufung auf § 770 versagen.

Da er demnach auch kein Leistungsverweigerungsrecht gegenüber dem klagenden Gläubiger hat, so ist er auf die condictio indebiti angewiesen, die er gemäss § 812 BGB. nach vollzogener Wandelung oder Minderung anstellen kann.

Bezüglich des § 478 BGB. kann ich mich auf das bei der Bürgschaft Gesagte berufen. Als Ausfluss des Gewährleistungsanspruches kann sich der Schuldübernehmer auf

[1]) S. 426.

das dem Käufer nach § 478 gewährte Recht nicht berufen. Wenn Reichel[1]) hier dem Schuldübernehmer wenigstens die Minderungseinrede zubilligt, so muss ich diese Unterscheidung zwischen Wandelung und Minderung aus denselben Gründen verwerfen, wie dies bei der Bürgschaft geschehen ist.

Die analoge Anwendung des § 770 BGB. für den kumulativen Schuldübernehmer halte ich auch hier für verfehlt und kann den Übernehmer nur auf die Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung verweisen.

Hat der Urschuldner die Wandelung bereits geltend gemacht und ist er mit durchgedrungen, so wird auch der Übernehmer von jeder Verbindlichkeit frei; er kann die Leistung verweigern und die bereits geschehene Leistung gemäss § 812 BGB. zurückverlangen. Auch für die vom Urschuldner durchgeführte Minderung ist ebenso zu entscheiden. Der Mitübernehmer kann hier gleichfalls die Leistung insoweit verweigern, als sich die Verpflichtung des Urschuldners infolge der vollzogenen Minderung verringert hat; denn auch die Schuld des Übernehmers mindert sich in gleicher Weise. Wie bei der vollzogenen Wandelung der Gläubiger auch dem Übernehmer gegenüber den ganzen Anspruch, so hat er bei der vollzogenen Minderung einen entsprechenden Teil des Anspruchs auf die Leistung verloren.

[1]) S. 428.

§ 11.

Anfechtung und Aufrechnung.

Ist der Bürgschaftsvertrag oder der Schuldübernahmevertrag anfechtbar, so kann sich selbstverständlich Bürge bezw. kumulativer Schuldübernehmer auf die Anfechtbarkeit berufen.

Anders steht es, wenn das Urschuldgeschäft anfechtbar ist. Anfechtungsberechtigt ist in der Regel derjenige, der die anfechtbare Willenserklärung abgegeben hat. Deshalb kann weder Bürge noch kumulativer Schuldübernehmer die Anfechtung erklären, wenn das Urschuldgeschäft auf einer anfechtbaren Willenserklärung beruht.[1])

Für den Bürgen jedoch ist ein Ausweg geschaffen, sodass er nicht bei einer nach seiner Inanspruchnahme durch den Gläubiger durchgeführten Anfechtung auf die condictio indebiti angewiesen ist. § 770 Abs. I BGB. gibt ihm eine dilatorische Einrede, kraft deren er die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten.

Dem kumulativen Schuldübernehmer ist die Einrede aus § 770 Abs. I BGB. nicht zuzubilligen.[2]) Die für die gegenteilige Ansicht von Reichel[3]) ins Treffen geführten, besonders auf das allgemeine Hilfsmittel der loyalen Vertragsauslegung aus § 157 BGB. gestützten Bedenken sind m. E. nicht geeignet, die ersten Worte des § 770 BGB. auf alle abhängigen Schuldner auszudehnen.

Was die Aufrechnung anlangt, so vertritt die herrschende Meinung in der Literatur, sowie das Reichsgericht

[1]) Für den kumulativen Schuldübernehmer anderer Ansicht Salinger in Kohlers Archiv Bd. 28, S. 90.

[2]) s. Brattig S. 29, Westerkamp S. 429.

[3]) s. S. 350.

in seiner bekannten Entscheidung[1]) die Auffassung, dass der Bürge befugt sei, mit einer eigenen Forderung gegenüber dem Gläubiger aufzurechnen.

Durch die Aufrechnung seitens des Bürgen wird der Anspruch des Gläubigers gegen den Hauptschuldner bis zur Höhe des aufgerechneten Betrages hinfällig; dies geschieht aber nicht in der Weise, dass der Bürge die Hauptschuld selbst durch seine Aufrechnung zu tilgen vermöchte, sondern dadurch, dass er seine eigene — die Bürgschaftsschuld — tilgt. Ist aber nun der Gläubiger bis zum Betrag der Bürgschaftsschuld befriedigt, so geht nach § 774 BGB. die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner insoweit auf ihn über. Will nun der Gläubiger für diesen bereits getilgten Betrag klagen, so fehlt ihm insoweit die Aktivlegitimation und er ist mit seinem Anspruch zurückzuweisen. An der Richtigkeit dieser vom Reichsgericht und übrigens auch von den beiden Vorinstanzen vertretenen Auffassung vermag m. E. weder der Umstand etwas zu ändern, dass bei der Bürgschaft eine ähnliche Bestimmung fehlt wie bei den Realinterzessionen (§§ 268 Abs. I, 1142, 1224, 1249 S. 2), wonach die Befriedigung des Gläubigers auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen kann, noch auch der Hinweis auf § 774 Abs. 2 BGB.[2]), der bestimmt, dass der Übergang der Forderung des Gläubigers geltend gemacht werden darf. Der Bürge ist jederzeit berechtigt, eine fällige Forderung zu tilgen, wobei es ihm völlig überlassen bleiben kann, die Art der Tilgung, die ihm gut scheint, zu wählen. Die Rechte des Realinterzedenten in diesem Falle umfangreicher zu gestalten als die des Bürgen, ist nicht einzusehen, es wäre seltsam, sollte der Bürge, der mit seinem ganzen Vermögen haftet, schlechter gestellt sein als derjenige, der nur mit einem Teil seines Vermögens haftet.

[1]) Reichsgerichtsentscheidungen Bd. 53, S. 403, hiergegen bes. Westerkamp S. 403 ff.

[2]) So Sievers, Recht 1903, S. 249, dagegen Conrades, Recht 1903, S. 308.

Schwieriger ist es schon, die Aufrechnungsbefugnis des Bürgen mit der Bestimmung in § 774 Abs. 2 in Einklang zu bringen. Im Konkurs des Gläubigers tritt diese Schwierigkeit besonders hervor; in diesem Fall erleidet tatsächlich die Konkursmasse einen empfindlichen Ausfall, denn sie ist um den Unterschied zwischen der auf die Forderung des Bürgen zu zahlende Dividende und dem durch Kompensation getilgten Betrag der Hauptschuld geschädigt. § 774 S. 2 spricht jedoch nur von einer Geltendmachung des vollzogenen Übergangs und bezieht sich in der Hauptsache auf die Fälle, in denen nur ein Teil der Forderung auf den Bürgen übergegangen ist und der Bürge etwa den Restbetrag der nur zum Teil übergegangenen Forderung geltend macht. Hier geht natürlich die noch bestehende Forderung des Gläubigers vor.

Für den kumulativen Schuldübernehmer ist die Frage ziemlich bedeutungslos, denn aus § 422 BGB. ergibt sich, dass jeder Gesamtschuldner aufrechnen kann, als wäre er der alleinige Schuldner und dass die Aufrechnung des einen Schuldners auch für die übrigen Schuldner wirkt.

§ 770 Abs. 2 bestimmt, dass der Bürge die Befriedigung des Gläubigers verweigern darf, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann. Da die Aufrechnung nach § 388 BGB. durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil zu erfolgen hat, kann der Bürge die einem anderen zustehende Aufrechnungsbefugnis nicht selbst ausüben, da er dispositive Rechtsakte über die Hauptverbindlichkeit nicht vornehmen kann. Diese Ansicht wird nunmehr in der gesamten Literatur vertreten. Der Bürge kann demnach, wenn der Hauptschuldner — nicht aber der Gläubiger — zur Aufrechnung berechtigt ist (z. B. wenn der Hauptschuldner eine fällige Forderung aus einer ihm vom Gläubiger zugefügten vorsätzlichen Körperverletzung gegen diesen hat, § 393 BGB.) nicht mit dieser Gegenforderung des Hauptschuldners aufrechnen; denn unter der „Erklärung gegenüber dem andern Teil“ kann nur eine Erklärung des Schuldners selbst verstanden werden, weil

nach § 387 BGB. nur gesagt ist, dass jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des andern Teils aufrechnen könne, während sich eine besondere Bestimmung, wonach der Bürge auch eine Gegenforderung des Hauptschuldners zur Aufrechnung bringen könne, im BGB. nicht findet.[1])

Hat der Bürge im Fall der Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners wenigstens die dilatorische Einrede? Auch dies ist mit der herrschenden Meinung zu verneinen. Anderer Ansicht ist besonders Crome,[2]) der auf das frühere Recht verweist, wonach dem Bürgen eine exceptio compensationis zustand und das auch von Oertmann[3]) geltend gemachte Bedenken erwähnt, dass der Bürge schärfer hafte wenn nur der Schuldner, als wenn nur der Gläubiger die Hauptschuld durch Aufrechnung beseitigen kann. Diese Auffassung kann nicht geteilt werden, denn die Berufung auf das frühere Recht kann ebensowenig wie die vielleicht stärkere Inanspruchnahme des Bürgen ausschlaggebend sein für eine so extensive Interpretation des Gesetzes. § 770 Abs. 2 gibt nur eine Einrede aus der Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers, nicht aber des Hauptschuldners; die Einrede fällt fort, wenn die verbürgte Forderung des Gläubigers nicht kompensabel ist. Der klare Wortlaut dieser Bestimmung tritt noch mehr hervor durch einen Blick auf Abs. 1 dieses Paragraphen, worin von einer Anfechtungsmöglichkeit seitens des Schuldners gesprochen wird.[4]) Hätte der Gesetzgeber dem Bürgen auch für den Fall, dass der Schuldner aufrechnungsberechtigt ist, ein Leistungsverweigerungsrecht geben wollen, so wäre es wohl ausdrücklich gesagt, denn man kann doch ernstlich kaum Crome zustimmen, der behauptet, das Gesetz wollte nur eine Formel finden, um dem Bürgen die althergebrachte Berufung auf Gegenforderungen des Schuldners zur Aufrechnung wieder zu eröffnen. Die gesetzliche Formulierung ist also ein un-

[1]) R. G. E. Bd. 59, S. 210.
[2]) S. 879.
[3]) S. 947.
[4]) s. Mantey bei Gruchot Bd. 50 S. 545.

überwindliches Hindernis für die gegenteilige Ansicht; denn man sieht nicht recht ein, warum das Gesetz überhaupt erst auf die Aufrechnungslage des Gläubigers Rücksicht nimmt und nicht einfach erklärt, der Bürge hat das Verweigerungsrecht, wenn der Hauptschuldner aufrechnen kann[1]). Oertmann[2]) macht mit Recht noch auf einen anderen Grund für die hier vertretene Auffassung aufmerksam. Die Bürgschaft hätte möglicherweise für den Gläubiger keinen Wert; denn hat der Bürge die Vorausklage und muss der Gläubiger den Schuldner zuerst verklagen, so führt die von diesem geltend gemachte Aufrechnung zum Verlust des vom Gläubiger angestrengten Prozesses. Ist die Bürgschaft eine selbstschuldnerische, so ist sie in diesem Falle überhaupt belanglos, denn der Bürge würde einfach sich auf die Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners berufen, der Gläubiger wäre aber nicht in der Lage sich anders Klarheit über die Absichten des Hauptschuldners zu verschaffen, als durch eine Klage gegen diesen.

Der kumulative Schuldübernehmer kann selbstverständlich mit einer dem Urschuldner zustehenden Gegenforderung nicht aufrechnen. Dies ergibt sich aus dem Wesen der Aufrechnungsbefugnis, deren Ausübung sich als ein Verfügungsakt darstellt, der nur dem Berechtigten selbst zukommt. Das folgt überdies aus § 422 Abs. 2 BGB., der bestimmt, dass eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zustehe, nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden kann.

Nach dem oben Gesagten hat der Bürge das im § 770 Abs. 2 BGB. gegebene Leistungsverweigerungsrecht nicht, wenn der Hauptschuldner aufrechnungsberechtigt ist. Dem Schuldübernehmer steht ein solches Recht auch nicht zu, er hat aber im Gegensatz zum Bürgen das Leistungsverweigerungsrecht auch dann nicht, wenn der Gläubiger sich durch Aufrechnen befriedigen könnte, denn für den kumulativen Schuldübernehmer fehlt eine dem § 770 Abs. 2 BGB. analoge Bestimmung. Es wirkt vielmehr nach § 425 die

[1]) s. Schulz in Gruchot, Bd. 50, S. 270.
[2]) S. 947.

Aufrechnungsbefugnis nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt.

Die vom Urschuldner dem Gläubiger oder vom Gläubiger dem Urschuldner erklärte Aufrechnung kommt dem Bürgen ebenso wie dem kumulativen Schuldübernehmer zu statten. Dies ergibt sich aus § 389 BGB.; denn die vollzogene Aufrechnung hat zur Folge, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als erloschen gelten. Da aber Bürgschaft wie kumulative Schuldübernahme den Bestand der Forderung voraussetzen, wird Bürge und kumulativer Schuldübernehmer in diesem Falle frei.

§ 12.
Regress.

Zum Schlusse seien noch kurz die Rechtsverhältnisse erwähnt, die sich zwischen Erstschuldner und Zweitschuldner nach Befriedigung des Gläubigers ergeben. Hier zeigen sich bei Bürgschaft und kumulativer Schuldübernahme bedeutende Unterschiede.

Gemäss § 774 BGB. geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen über, wenn er den Gläubiger befriedigt hat. Mit der Forderung gehen auch Hypotheken und Pfandrechte über, welche für die Forderung des Gläubigers bestehen. Dem Bürgen ist es jedoch untersagt, den Übergang zum Nachteil des Gläubigers geltend zu machen. Dies zeigt sich besonders, wie bereits früher erwähnt, wenn der Bürge nur für einen Teil der Hauptschuld haftete. Befriedigt er den Gläubiger, so ist er nur Teilzessionar und steht mit seiner Forderung dem Gläubiger im Range nach, was beim Vorhandensein von Pfandrechten, Hypotheken und besonders im Konkurse des Schuldners von Bedeutung ist; in letzterem Falle würde der Bürge durch Geltendmachung seiner Teilforderung den auf die Restforderung des Gläubigers entfallenden Betrag verkürzen.

Dem Bürgen stehen dieselben Einreden seitens des Hauptschuldners entgegen, die dieser gegen die Forderung des Gläubigers hatte, wenn der Bürge seinen Regressanspruch gegen den Hauptschuldner auf den Forderungsübergang stützt, was sich ohne weiteres aus § 404 BGB. folgern lässt. Der Hauptschuldner kann dem Bürgen aber auch die Einwendungen entgegenhalten, die sich aus den zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis ergeben.

Im § 775 BGB. gibt das Gesetz dem Bürgen eine Art antizipierten Regress. Der Bürge kann Befreiung von der Bürgschaftsverpflichtung verlangen, wenn sich die Ver-

mögensverhältnisse des Schuldners wesentlich verschlechtern, wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Verlegung seines Aufenthalts oder Wohnsitzes wesentlich erschwert wird, wenn der Hauptschuldner in Verzug gerät oder wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat; Voraussetzung für diesen Befreiungsanspruch ist, dass die Bürgschaft im Auftrag des Schuldners übernommen ist, oder dass der Bürge gegen den Schuldner einen Anspruch aus unbeauftragter Geschäftsführung hat. Ist die Hauptschuld noch nicht fällig, so kann der Bürge wenigstens Sicherheit für die eigene demnächst zu bewirkende Leistung fordern.

Bei der kumulativen Schuldübernahme sei gleich betont, dass § 775 für den kumulativen Schuldübernehmer keine Anwendung finden kann, da die Bestimmung lediglich mit Rücksicht auf die subsidiäre Haftung des Bürgen im Gesetz Aufnahme gefunden hat. Die Haftung des kumulativen Schuldübernehmers ist zwar abhängig, aber nicht subsidiär. Für seine Regressansprüche gegen den Urschuldner sind wir auf die Bestimmung in § 426 BGB. angewiesen, „soweit nicht ein Anderes bestimmt ist". Letzteres wird allerdings in der Regel der Fall sein; wobei es eben auf die zwischen Urschuldner und Übernehmer bestehende Vereinbarung ankommt.

Es kann ein Gemeinschafts- oder Gesellschaftsverhältnis, ein Auftrag oder auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegen; dann kommen die für diese Rechtsverhältnisse massgebenden Vorschriften in Betracht[1]). Ist ein derartiges Vertragsverhältnis nicht zu ermitteln, so sind Urschuldner und kumulativer Schuldübernehmer als Gesamtschuldner im Verhältnis zu einander zu gleichen Teilen verpflichtet.

Neben dem in Abs. 1 des § 426 festgelegten Ausgleichungsanspruch besteht aber nach Abs. 2 dieses Paragraphen ein gesetzlicher Übergang der Forderung des Gläubigers: „Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger

[1]) s. §§ 713, 733, 670, 683 BGB.

befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über.

Wie bei der Bürgschaft folgen diesem Übergang auf den befriedigenden Gesamtschuldner auch alle Vor- und Nebenrechte.[1])

Dieser gesetzliche Forderungsübergang stellt wie Reichel[2]) wohl mit Recht betont, ein Akzessorium zu dem in § 426 Abs. 1 gegebenen „schlichten Erstattungsregress" dar; denn nur dann und insoweit besteht der „Nachschubregress" als dem Befriedigenden ein Ausgleichsanspruch ohnedies zusteht: die Stärke des letzteren Anspruchs ist massgebend für den Umfang des gesetzlichen Übergangs.

Dieser kann ebenso wie bei der Bürgschaft nicht zum Nachteil des Gläubigers geltend gemacht werden.

[1]) s. § 401 BGB.
[2]) S. 566 ff.